Wird derjenige der in der Oeffentlichkeit einen Vertreter für einen Geschäftskreis bestellt, durch dessen Handlungen auch dann berechtigt resp. verpflichtet, wenn der Vertreter zwar innerhalb des Geschäftskreises, aber nicht im Namen des Vertretenen gehandelt hat?

Nach römischem, gemeinem und Handelsrecht.

Inaugural-Dissertation

bei der

Meldung zum Doktorexamen

der

hohen juristischen Fakultät

der

Königlich Bayerischen Friedrich-Alexander-Universität zu Erlangen

vorgelegt

im März 1896

von

Fr. Brass, Referendar.

BONN.
Buchdruckerei von A. Henry.
1898.

Seinen Schwestern

gewidmet

vom Verfasser.

Disposition:

Einleitung § 1.

Praktische Bedeutung der Stellvertretung. Begrenzung des Thema's.

Hauptteil §§ 2—11.

A. Begriffserklärung der Stellvertretung, Stellungnahme zur Stellvertretungstheorie § 2.

B. Wird nach römischem Recht der Geschäftsherr durch die Handlungen seines in der Oeffentlichkeit für einen Geschäftskreis bestellten Vertreters berechtigt bezw. verpflichtet, wenn derselbe nicht im Namen des Herrn handelt? §§ 3—7.

a. nach altem römischem Civilrecht war eine direkte Berechtigung resp. Verpflichtung des Geschäftsherrn durch freie Vertreter nicht möglich; anders verhält es sich mit den gewaltunterworfenen Personen, die ex lege für den Gewaltheber erwerben § 3.

b. Das neue römische und justinianische Recht liess Vertretung durch freie Personen in beschränktem Masse zu, wenn der Vertreter im Namen des Geschäftsherrn handelte:

α. Bei Besitz- und Eigentumserwerb § 4.

β. Bei obligatorischen Verträgen durch Einführung der adjecticischen Klagen §§ 5—7.

αα. Natur und Voraussetzung der actiones exercitoriae und institoriae § 5.

ββ. Beweis der Notwendigkeit der formellen Bezugnahme auf das Präpositionsverhältnis beim Abschluss des Contraktes. Die actio de in rem verso utilis § 6.

γγ. Berechtigt wird der Principal aus den Verträgen des magister navis und institor im allgemeinen nicht, doch gewährte das römische Recht in besonderen Fällen actiones utiles § 7.

C. Wie gestaltete sich nach gemeinem Recht in unserem Falle die Berechtigung resp. Verpflichtung des Geschäftsherrn? §§ 8—10.

a. Auch nach gemeinem Recht wurde der Geschäftsherr nur in dem Falle berechtigt oder verpflichtet, wenn der Vertreter im Namen desselben handelte.

Die Ansicht Savigny's, Puchta's u. Sintenis. — Die actio de in rem verso utilis nach gemeinem Rechte § 8.

b. Heutige Geltung der actiones exercitoriae, institoriae und der actiones utiles § 9.

c. Mit der hier entwickelten Ansicht stimmen auch die modernen Codifikationen und die Praxis überein § 10.

D. Welche Bestimmungen enthält das Allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch bezüglich unseres Thema's? § 11.

Schluss § 12.

Die praktische Bedeutung des Handelns in der Form des Ersatzmannes.

§ 1.

Rechtsfähigkeit, insbesondere Vermögensfähigkeit hat nur für denjenigen vollen Wert, dem die Möglichkeit am Rechtsverkehre teilzunehmen geboten ist. Da es nun einerseits Personen giebt, denen diese Möglichkeit fehlt, welche, obwohl rechtsfähig, doch nicht geschäftsfähig sind, andererseits auch Personen infolge thatsächlicher Verhinderung durch Krankheit, Abwesenheit, anderweitige Beschäftigung etc. nicht in eigner Person handeln können, so liegt die Notwendigkeit und Wichtigkeit einer Rechtseinrichtung, welche diesem Mangel abhilft und dem einen zum Ersatz der fehlenden eigenen, dem andern zur Erweiterung der vorhandenen Geschäftsfähigkeit dient, auf der Hand. Ein derartiges Rechtsinstitut ist die Stellvertretung, durch welche es den oben genannten Personen ermöglicht wird, Rechtsgeschäfte durch andere mit der Wirkung vornehmen zu lassen, dass aus denselben direkt sie selbst, nicht erst die Vertreter berechtigt oder verpflichtet werden. Die Stellvertretung ist nun allerdings weder ursprünglich noch ausschliesslich ein juristischer Begriff, sie kommt vielmehr in allen Lebensverhältnissen vor; zu einem juristischen Begriffe wird sie erst dann, wenn die statt eines andern unternommenen Handlungen juristische Handlungen sind, d. h. Rechtsfolgen nach sich ziehen.

Damit nun die Rechte und Verbindlichkeiten aus dem vom Vertreter geschlossenen Vertrage in der Person des Vertretenen entstehen, müssen sowohl ersterer wie letzterer gewissen Voraussetzungen genügt haben, insbesondere fragt es sich, ob die rechtlichen Wirkungen

der Stellvertretung nur dann eintreten, wenn der Vertreter in fremdem, nicht auch schon dann, wenn derselbe in eigenem Namen gehandelt hat. Diese Frage wollen wir für die Fälle in den Kreis unserer Betrachtung ziehen, in denen jemand einen Vertreter für einen Geschäftskreis, also eine Reihe von Geschäften, die ein Gewerbe betreffen, in der Oeffentlichkeit anstellt. Es scheiden also demgemäss die Fälle aus, in welchen jemand einen Vertreter für ein bestimmtes einzelnes Geschäft bestellt, sodann auch diejenigen, in denen die Befugnis zur Vertretung auf einer gesetzlichen Vollmacht beruht, d. h. einer Vollmacht, welche einer Person unmittelbar durch einen Rechtssatz, ohne Rücksicht auf den Willen des Vertretenen zusteht; kraft einer solchen Vollmacht handeln der Vormund und der Vorstand der juristischen Personen.

Wir beschränken uns daher im römischen Recht auf den institor, den magister navis und den Generalprokurator. Letzterer ist deshalb mit in Betracht zu ziehen, weil die römischen Prokuratoren eine sociale Stellung, eine Art von Amtstitel, die an eine Vertrauensstellung anknüpfte, besassen. Im römischen Recht bezeichnet man als procuratores — wir folgen hier den Ausführungen von Schlossmann, Besitzerwerb durch Dritte, Seite 89 — Vertrauenspersonen eines Herrn, die regelmässig in seinen Geschäften thätig waren. Ein solcher mit einer Generalvollmacht versehener Prokurator war ermächtigt zur Verwaltung des ganzen Vermögens oder eines bestimmten Kreises wirtschaftlicher Angelegenheiten. Seine Stellung war daher der des Institors ähnlich, letzterer unterschied sich nur durch die Beziehung auf das Gewerbe von ihm. Die Mittelspersonen des römischen Rechts mussten, da dasselbe eine Stellvertretung nicht kannte, stets suo nomine han-

deln[1]). Es ist hier nur die Frage, ob sie beim Abschlusse des Geschäfts auf den dominus hinweisen mussten.

Im gemeinen Recht sind für uns von Bedeutung die Handlungsbevollmächtigten, soweit sie einem Geschäftskreise vorstehen, ebenso auch für das Handelsrecht, welches bezüglich der Vollmacht einzelner derselben, des Prokuristen, des Korrespondentrheders und des Schiffers bestimmte Begriffe geschaffen hat, indem es den Umfang ihrer Vollmacht gesetzlich feststellte.

Die Thätigkeit der genannten Personen, welche gewöhnlich stillschweigend oder ausdrücklich im Namen des Principals handeln, ist dem letzteren gegenüber — in ihrem Verhältnis zu dritten Personen kommt es nicht auf den Auftrag, sondern nur auf die Vollmacht an (s. Laband, Zeitschrift für Handelsrecht X S. 202 ff.) — in der Regel nicht auf einzelne speciell aufgetragene Geschäfte beschränkt, sondern insofern genereller Natur, als sie eine Kette einander folgender Geschäfte, einen Kreis von successiven Operationen in sich begreift. Diesen kann zwar der Principal in grösserem oder geringerem Umfange begrenzen, innerhalb desselben ist es ihnen aber gestattet, so lange das Auftragsverhältnis dauert, nach ihrem freien Ermessen ihre Thätigkeit zu erneuern und die einschlägigen Geschäfte abzuschliessen.

§ 2.

Um nun die zur Behandlung unseres Thema's nötige Unterlage zu gewinnen und vor allem zu einer richtigen Auseinandersetzung zwischen dem römischen und heutigen Rechte zu gelangen, ist es notwendig, zur Stellvertretungstheorie bestimmte Stellung zu nehmen. Wir schliessen uns hier der in der Theorie und gemeinrechtlichen Praxis herrschenden Meinung an, die

1) l. 6. C. si quis alt. 4. 50.
l. 38 § 17 D. de v. o. 45. 1.

auch wohl ausnahmslos von den neueren Gesetzgebungen geteilt wird. Nach dieser Ansicht ist Stellvertretung dann vorhanden, wenn jemand seinen eigenen Vertragswillen im Namen eines andern mit der Absicht erklärt, dass nur dieser aus dem Vertrage berechtigt oder verpflichtet werden soll. Das charakteristische Kriterium der Stellvertretung besteht also vor allem darin, dass der Vertreter für den Vertretenen will und handelt, indem er statt dessen die juristische Thätigkeit des Geschäftsschliessens vollbringt. Dadurch unterscheidet sich die Stellvertretung begrifflich scharf von der Thätigkeit des Gehülfen, insbesondere der des Boten[1]). Der Stellvertreter schliesst statt eines andern das Rechtsgeschäft, während der Herr durch den Boten selbst das Geschäft schliesst. Die Thätigkeit des Boten besteht also darin, dass er lediglich die Mitteilung des Vertragswillens des einen Contrahenten an den andern als reines, willenloses Werkzeug des Absenders besorgt, welches auf die Erzeugung einer rechtlichen Wirkung unter den Parteien nicht den geringsten Einfluss hat[2]).

Die Voraussetzungen der Stellvertretung sind:

Zunächst Vollmacht. Sie ist „der Leitapparat, der den Vertretenen mit der Handlung des Vertreters in Verbindung bringt", und legt in die Person des Vertreters die Macht, mit rechtlicher Wirkung für den Vertretenen zu handeln. Diese Vollmacht, welche keines-

---

1) Auch die Römer unterschieden per liberam personam adquirere von dem ministerium tantummodo praestare. l. 15 D. de pec. const. 13. 5. l. 1. § 1. D. de proc. 3. 3. In neuerer Zeit sondert Ihering (Jahrb. für Dogmatik I S. 275) scharf die Begriffe Stellvertreter und Gehülfe.

2) Daher wird das contrahere per nuntium mit dem per epistolam zusammengestellt.

l. 2. pr. D. de pact. 2. 14.

l. 2. § 2 D. de O. et. A. 44. 7.

l. 1 § 2 D. de cont. empt. 18. 1.

wegs identisch ist mit dem Auftrag[1]), kann beruhen unmittelbar auf dem Gesetz, in einem obrigkeitlich oder durch die Verfassung einer juristischen Person verliehenen Amte, endlich bei dem in erster Linie hierher gehörigen Fall, auf Erteilung, besser Ermächtigung seitens des zu Vertretenden. Ferner sind als Erfordernisse festzuhalten: Handlungsfähigkeit in der Person des Vertreters, welcher die Aufgabe hat, das Geschäft zu gestalten und in dieser Gestalt als Willen des Geschäftsherrn zu erklären, sodann in der Person des Vertretenen die Fähigkeit, die durch das Rechtsgeschäft bezweckten Rechte zu erwerben und Verbindlichkeiten zu übernehmen. Endlich ist erforderlich, dass der Stellvertreter dem dritten Contrahenten seinen Willen als solcher handeln zu wollen erkläre. Diese Erklärung steht unter den allgemeinen Regeln über die formlosen Willenserklärungen. Die dem Stellvertreterwillen entsprechendste Form ist das ausdrückliche Contrahieren im Namen des Geschäftsherrn. Es ist jedoch nicht erforderlich, dass die Erklärung, im Namen des Vertretenen handeln zu wollen, in eine bestimmte Form gekleidet werde, dieselbe kann in jeder beliebigen andern Form abgegeben werden, wenn nur aus den Erklärungen des Vertreters oder den Umständen beim Geschäftsabschlusse der gegenüberstehenden Partei erkennbar geworden ist, dass der Vertreter als wirklicher Stellvertreter handeln wollte[2]). Ist diesen Voraussetzungen genügt, so tritt in das durch

1) S. Laband in Goldschmidt's Zeitschrift für das ges. Handelsrecht X S. 203—214.

2) Ueber die Bedeutung des Ausdrucks „im Namen jemandes handeln" herrscht kein Einverständnis. Der Sinn desselben wird von den meisten Schriftstellern als bekannt vorausgesetzt. Bei denjenigen, welche den Ausdruck erklären, sind zwei Auffassungen vertreten, von welchen die eine in der Form, die andere in dem Inhalte der das Handeln begleitenden oder ausmachenden Erklärung das hauptsächlichste Moment dieses Handelns findet. Die erstere

das Rechtsgeschäft beabsichtigte Rechtsverhältnis nur der Vertretene, nicht der Vertreter ein. Der Vertreter bleibt jedem Obligationsnexus fremd; es geht nicht etwa die Berechtigung oder Verpflichtung durch die Person des Stellvertreters hindurch.

Ausser dem eben angeführten steht demjenigen, der für einen andern handeln will, noch ein zweiter Weg offen. Es kann jemand im Interesse eines andern ein Rechtsgeschäft selbst in eigenem Namen abschliessen, aber in der Absicht, dem Interessenten später den Rechtserwerb abzutreten und sich von ihm für seine Aufwendungen entschädigen zu lassen. Hier ist aber der rechtliche Erfolg ein ganz anderer, wie vorhin. Rechte und Pflichten entstehen hier nicht in der Person des Interessenten, sondern lediglich in der Mittelsperson. Um den Erwerb resp. die Verpflichtung auf den Interessenten überzuleiten, bedarf es noch eines zweiten Geschäfts (Cession, Eigentumsübertragung) zwischen letzterem und der Mittelsperson. Eine solche Mittelsperson,

---

Ansicht vertritt besonders Ihering (Jahrbücher für Dogm. I S. 312 u. 320). welcher das Wesen des Geschichtsabschlusses im Namen eines andern in eine bestimmte Form „Abschluss mit den Namen des Principals" setzt, durch deren Beobachtung die Wirkungen der Stellvertretung begründet werden. — Andere Schriftsteller erklären die Form der Erklärung des Stellvertreters mit Recht für gleichgültig, z. B. Ruhstrat, Savigny's Lehre v. d. Stellvertretung S. 46. Curtius, Archiv f. civ. Praxis, Bd. 58, S. 77. Unger, System d. österr. Privatrechts II, S. 138 Anm. 37 u. a. Hier wird nur darauf Gewicht gelegt, dass der Stellvertreter als solcher beim Abschlusse des Geschäfts in erkennbarer Weise entweder durch eine Erklärung oder durch die Umstände hervortritt. Das Geschäft der Mittelsperson hat also dann direkte Wirkung für den Principal, wenn sie diese erzeugen wollte und diese Absicht beim Geschäftsabschlusse der gegenüberstehenden Partei aus der Erklärung der Mittelsperson oder den Umständen erkennbar geworden ist. Gewöhnlich wird dies so ausgedrückt, dass die Absicht, als Stellvertreter handeln zu wollen, der Gegenpartei ausdrücklich oder stillschweigend erklärt worden ist.

welche ein Rechtsgeschäft abschliesst, dessen Träger sie selbst ist, welches sie aber in der Absicht unternommen hat, um die rechtlichen Wirkungen dieses Geschäftes auf einen andern, anstatt dessen sie gehandelt hat, zu übertragen, ist nicht Stellvertreter, sondern Ersatzmann!

Auch in diesem Falle nehmen verschiedene Schriftsteller Stellvertretung an und unterscheiden dann zwischen einer direkten, vollkommenen und einer indirekten, unvollkommenen Stellvertretung[2]). Es handelt sich hier jedoch um einen von der Stellvertretung rechtlich durchaus verschiedenen Vorgang, der in der That gar keine Stellvertretung ist[3]). Von Stellvertretung lässt sich nur da sprechen, wo das Rechtsgeschäft auf den Namen des Vertretenen gestellt ist, während da, wo der Vertreter in eigenem Namen das Geschäft abschliesst, also die rechtlichen Wirkungen desselben zunächst in seiner Person entstehen, nicht von Stellvertretung die Rede sein kann. Wenn er auch die Rechte aus dem Geschäfte auf den Principal zu übertragen verpflichtet, die Verbindlichkeiten, welche er übernommen, auf denselben abzuwälzen berechtigt ist, so entstehen die Rechte uud Verbindlichkeiten des Principals dem dritten Contrahenten gegenüber erst durch neue Rechtsakte; das Selbsthandeln des Principals wird also in keiner Weise ersetzt, auch die Stelle desselben nicht vertreten.

---

1) J. Ihering, Jahrb. f. Dogmat. I. S. 312 ff.

2) Puchta, Vorlesungen S. 118, 119.
Dernburg, Pandekten I. § 117, Anm. 10.
Baron, Pandekten § 65. S. 118.

3) Unger, System d. allg. österr. Privatrechts II. S. 134, 135 Nr. 22.
Ihering, l. c. S. 312—350.
Windscheid, Pandekten I. § 73.
Laband, l. c. S. 195—198.
Arndts, Pandekten § 76 Nr. 2.

An der Hand vorstehender Erörterungen werden wir die in unserem Thema enthaltene Frage beantworten. Da aber die Möglichkeit einer Vertretung in der Entwickelung des römischen Rechts bedeutende Modifikationen erfahren hat, eine noch grössere Umwälzung durch das mittelalterliche und moderne Gewohnheitsrecht erfolgte, welches den Grundsatz des alten römischen Civilrechts, dass nur der Vertreter aus dem von ihm abgeschlossenen Rechtsgeschäfte allein berechtigt bezw. verpflichtet werde, gänzlich aufgegeben hat, so erheischt die Klarheit der Darstellung eine nach den verschiedenen Perioden des alten Civilrechts, des prätorischen und justinianischen, und heutigen Rechts getrennte Bearbeitung des Thema's.

§ 3.

Nach altem römischem Civilrecht war eine direkte Berechtigung resp. Verpflichtung des Geschäftsherrn durch einen freien Vertreter unmöglich, da es streng an dem Principe der Unzulässigkeit der Stellvertretung festhielt und der Vertreter mit Rechtsnotwendigkeit zunächst in seiner eignen Person Rechte und Pflichten aus dem aufgetragenen Geschäfte erwarb: nec paciscendo nec legem dicendo nec stipulando quisquam alteri cavere potest.[1]) Ein Contrakt, aus dem das Forderungsrecht unmittelbar einem dritten erwachsen sollte, war deshalb ungültig und zwar selbst dann, wenn der Geschäftsherr dem Vertreter die Befugnis eingeräumt hatte, das, was er selbst zu thun rechtlich im Stande sei, mit unmittelbarer Wirkung für ihn vorzunehmen: tibi non vis nec illi potes[2]). Nur derjenige wurde aus dem Contrakte verpflichtet,

1) l. 73 § 4 D. de r. i. 50. 17.

2) l. 6 b. si quis alt. 4. 50. ferner vgl.: l. 26 C. de iure dot. 5. 12.

der ihn abgeschlossen hatte[1]); ein Obligationsverhältnis entstand lediglich zwischen dem dritten Contrahenten und dem Geschäftsführer. Die Rechte und Verbindlichkeiten aus dem vom Vertreter geschlossenen Rechtsgeschäft konnten nur in der Weise auf den Geschäftsherrn hinübergeleitet werden, dass der Vertreter zunächst das beabsichtigte Rechtsverhältnis in seiner Person begründete und hinterher auf den Geschäftsherrn sei es das Recht selbst, wo dies möglich war, z. B. bei Besitz und Eigentum, sei es die Ausübung oder wenigstens die gewonnenen praktischen Resultate desselben, wie z. B. bei einer Obligagation die Klage übertrug[2]). Diese Uebertragung geschah auf Grund der zwischen dem Vertreter und Vertretenen bestehenden obligatio mandati und konnte nötigenfalls, d. h. wenn sie nicht gutwillig geschah, mit der actio mandati directa erzwungen werden. Andererseits stand auch dem Vertreter gegen den Vertretenen — mochte er Mandatar oder negotiorum gestor desselben gewesen sein — ein Rechtsmittel, nämlich die actio mandati resp. negotiorum gestorum contraria auf Ersatz etwaiger Auslagen oder Befreiung von übernommenen Verbindlichkeiten zu Gebote.

Bis zur Einführung der actiones adiectitiae qualitatis blieb der Vertreter stets allein für die übernommenen Verbindlichkeiten haftbar. Auch durch das gegen den Geschäftsherrn stattfindende Rechtsmittel war es ihm nicht möglich, sich von diesen Verbindlichkeiten zu befreien, da nach römischem Recht ein Gläubiger nicht gezwungen werden konnte, sich statt seines ursprünglichen Schuldners einen neuen unterschieben zu lassen. Wenn der Vertreter daher auch die Uebernahme der Verbindlichkeiten von dem Geschäftsherrn verlangen

---

1) l. 11 D. de obl. et act. 44. 7.
l. 35 § 17 D. de v. o. 45. 1.

2) l. 8 § 10, l. 45 pr. i. f. D. mand. 17. 1.

konnte, so stand es doch in dem Belieben des dritten Contrahenten, ob er den Vertreter als Schuldner entlassen und den Herrn, der vielleicht weniger zahlungsfähig war, als solchen annehmen wollte.

Doch kam das römische Recht dem Geschäftsführer in etwa zu Hülfe, indem es an die Möglichkeit der Stellvertretung im Processe anknüpfte, wie uns ein Ausspruch von Paulus in l. 45 § 2 D. mand. 17,1 zeigt: Item si dum negotia mea geris, alicui de creditoribus meis promiseris et antequam solvis, dicendum est, te agere posse, ut obligationem suscipiam, aut si nolit creditor obligationem mutare cavere tibi debeo defensurum te. Wollte hiernach der dritte Contrahent den Geschäftsherrn nicht als Schuldner anerkennen, so konnte der Herr seinem Vertreter eine Sicherheit dafür bestellen, dass er ihn in dem demnächstigen Processe gegen den dritten vertreten wolle, und zwar geschah dies mit der cautio defensum iri, durch welche der Principal sich verpflichtete, den Geschäftsführer gegen die Ansprüche des dritten Contrahenten zu defendieren. Strengte nun später der dritte die Klage gegen den Vertreter an, so konnte dieser aus der cautio verlangen, dass der Geschäftsherr den Process für ihn führe. Auf diese Weise konnte der Geschäftsherr gezwungen werden [1]), die Führung des Processes zu übernehmen. Fraglich ist allerdings, ob der dritte Contrahent sich diese Uebernahme gefallen lassen musste. Jedenfalls stand es dem Vertreter frei, sich durch einen cognitor oder procurator, zu welchem er ja auch den Geschäftsherrn bestellen konnte, vertreten zu lassen, wenn er nur die erforder-

1) Ob direkter Zwang zur Uebernahme der defensio zulässig war, ist allerdings bestritten. S. Heise u. Cropp, Abhandl. I. XIV. § 4, 5. S. 229 ff., nach welchen eine Klage nebst der Anwendung von Zwangsmitteln zugelassen wurde, wenn geradezu das Versprechen der defensio geleistet war.

liche cautio iudicatum solvi leistete. In diesem Falle hatte der dritte zwei Schuldner, den Geschäftsherrn, der procurator in rem suam war, und den Vertreter durch die litis contestatio befreite, ferner den Vertreter, der ihm aus der cautio iudicatum solvi haftbar blieb, auch nachdem er durch die erwähnte litis contestatio von der ursprünglichen Verbindlichkeit liberiert worden war. Hiernach blieb also nach altem Civilrecht der Vertreter in jedem Falle haftbar, der dritte Contrahent konnte ihn stets nach Belieben z. B. bei Zahlungsunfähigkeit des des Geschäftherrn in Anspruch nehmen [1]).

Ganz anders stellten sich diese Verhältnisse dar, wenn der Vertreter in der Gewalt des Principals stand. Nach altem Civilrecht hatten die hausunterthänigen Personen, die Sklaven und Hauskinder, kein eigenes Vermögen, vielmehr erwarben sie alles mit Rechtsnotwendigkeit ihrem Gewalthaber [2]). Zunächst waren die Sklaven, welche einer Sache gleichgeachtet wurden, an und für sich jeder civilen Obligation unfähig. Als aktive Vertreter ihrer Herrn genossen sie jedoch vollständige Handlungsfähigkeit. Diese Möglichkeit am Rechtsverkehre teilzunehmen, hatten sie jedoch nicht kraft eignen Rechtes, sondern dieselbe wurde ihnen aus der Person ihrer Herrn gegeben, welche auch den Vorteil daraus zogen [3]). Sie konnten mithin den Herrn in Erwerbsgesehäften vertreten und demselben dingliche Rechte und Forderungen erwerben, ihn also bereichern. Als passive Vertreter konnte der Sklave seinen Herrn, weil diese Art

1) S. Heise u. Cropp, l. c. § 7 S. 237 ff.

2) l. 10 § 1; l. 53 D. de acqu. rer. dom. 41.
l. 62 D. d. v. o. 45. 1.
Gaius, Inst. §§ 87. 96.

3) l. pr. J. de stip. serv. 3. 17.
l. 31 pr. D. de her. instit. 28. 5.
l. 2. J. de hered. inst. 2. 14.

der Vertretung sich nur auf Erwerbs-, nicht auch auf Veräusserungs- und Verpflichtungsgeschäftte bezog, ebensowenig verpflichten wie jeder freie Repräsentant. Gegen den Herrn erwarb der dritte Contrahent in diesem Falle kein Recht [1]), dagegen entstand zwischen dem dritten und dem Sklaven ein Obligationsverhältnis, aber ein naturales, welches auch nach der Freilassung ein solches blieb [2]).

Fast ebenso verhielt es sich mit dem Erwerbe durch Haussöhne. Diese waren an und für sich zwar zu jeder civilen Obligation fähig, da ihnen als römischen Bürgern eine ursprüngliche Rechtsfähigkeit nicht abgesprochen werden konnte, aber auch sie waren aktiv infolge der Hausunterthänigkeit notgedrungene und unfreiwillige Repräsentanten ihres Hausvaters. Vermögen konnten sie ebensowenig wie die Sklaven besitzen, alles was sie erwarben, ging ex lege auf den Vater über. Als passive Vertreter konnten auch sie im alten Civilrecht den Vater nicht verpflichten [3]). Zwischen ihnen und dem dritten Contrahenten entstand hier jedoch ein civiles Obligationsverhältnis, aus welchem der Sohn verklagt werden konnte [4]). Da es jedoch bei der gänzlichen Vermögenslosigkeit der Haussöhne während der Dauer der väterlichen Gewalt an jeglichem Executionsmittel gegen dieselben gebrach, so war der Erwerb einer solchen Obligation für den Gläubiger nahezu wertlos, da er lediglich auf die Zeit nach dem Tode des Vaters oder nach einer vorher erfolgten Emancipation angewiesen war.

---

1) l. 133 D. d. r. i. 50. 17.
l. 3 C. d. pact. 2. 3.
2) l. 14 D. d. obl. et act. 44. 7.
l. 1 § 18 D. dep. 16. 3.
3) l. 8 § 4 D. d. accept. 46. 4.
4) l. 39 D. d. obl. et act. 44. 7.
l. 57 D. de ind. 5. 1.
l. 8. § 4 D. de accept. 46. 4.

Ueber die Frage, wie dieser Erwerb durch die hausunterthänigen Personen juristisch zu construieren ist, giebt uns folgende Stelle Ulpians Auskunft:

l. 79 D. de adquir. vel om. her. 29,2.

. . . . confestim adquiri ei cuius est in potestate, neque momento aliquo subsistere in persona eius per quem adquiritur et sic adquiri ei, cui adquiritur.

Hiernach erwirbt der Hausvater die durch den Sohn begründeten Rechte im Augenblicke der Handlung, ohne dass dieselben auch nur den geringsten Zeitraum in der Person der Gewaltunterworfenen ruhten. Damit soll jedoch nicht gesagt sein, dass die Person des letzteren ausser allem Zusammenhange mit den Wirkungen der von ihm vollzogenen juristischen Handlung stände, vielmehr ist der Erwerb als sich zunächst an die Person des Sklaven bezw. Haussohnes anlehnend zu denken. Weil derselbe aber mit seiner ganzen Persönlichkeit der Gewalt des Hausvaters unterworfen war, erwarb letzterer, welcher mit Rechtsnotwendigkeit für den Gewaltunterworfenen eintrat, unmittelbar aus dessen Person. Aus diesem Grunde gestatteten auch die römischen Juristen dem Haussohne, den Vertrag geradezu auf den Namen des Vaters zu richten. Der Erwerb gestaltete sich jedoch, insofern die Obligation auf ein dare oder facere gerichtet war, verschieden. Im ersteren Falle, wenn ein dare Gegenstand des Vertrages bildete, war es juristisch indifferent, ob der Haussohn sich oder dem Vater die Leistung versprechen liess[1]). Stets wurde hier das Recht sofort dem Vater erworben, ebenso wurde auch, wenn der Haussohn den Vertrag auf den Namen einer andern in der Gewalt desselben Familienoberhauptes stehenden Person stellte, sofort der gemeinschaftliche Gewalthaber berechtigt [2]).

---

1) l. 45 pr. § 4 D. d. v. o. 45. 1.

2) l. 40 D. d. v. o. 45. 1.
l. 1 pr. § 3, l. 15 de stip. serv. 45. 3.
§ 1 J. eod. 3. 17.

Anders liegt die Sache bei einer auf ein facere gerichteten Obligation. Wenn hier der Vertrag auf den Namen des Vaters gestellt ist, liegt es auf der Hand, dass der sofortigen Uebertragung des Forderungsrechtes auf den letzteren nichts im Wege stand, da ja nach der Bestimmung des Vertrages selbst dem Vater geleistet werden soll. Ist dagegen der Vertrag auf den Namen des Sohnes gestellt, so hat der Schuldner nur die Verpflichtung, dem Sohne die Vornahme der vertragsmässigen Handlung zu gestatten, da die Leistung in ihrem wesentlichen Inhalt dadurch bedingt wird, dass sie für den Haussohn geschehen soll. Wenn daher der Sohn z. B. ut sibi ire agere liceat stipuliert hat, so ist der Schuldner nach dem Inhalt des Vertrages nur verpflichtet, den Sohn diese Handlung vornehmen zu lassen[1]), durch eine Prohibition des Vaters würde er nicht vertragswidrig handeln. Da aber der Haussohn kein selbstständiges Recht haben kann, so ist infolge eines solchen Vertrages nur der Gewalthaber als der alleinige Gläubiger und Berechtigte anzusehen und die Befugnis des Sohnes zur Vornahme der vertragsmässigen Handlung hat nur die Bedeutung, dass sie die faktische Consequenz des dem Vater gehörigen Rechtes ist. Es war somit dem Familienoberhaupte die Möglichkeit geboten, sich seines Haussohnes oder Sklaven im Geschäftsverkehr als wirklichen Stellvertreters zu bedienen. In diesem Falle war es gleichgültig, ob im Namen des Vertretenen gehandelt wurde oder nicht, da ja alles, was die Gewaltunterworfenen erwarben, ex lege auf den Hausvater überging. Im justinianischen Recht nach Entwicklung der freien Pekulien erwarben die Haussöhne, um dies hier gleich vorweg zu nehmen, auch für sich; sie waren nur noch unfähig, ex re patris, vom Vater zu erwerben. Was der Vater dem Haussohne gab, sei es auch zu

1) § 2 J. de stip. serv. 3. 17.

freier Verfügung (peculium profecticium) blieb Eigentum des Vaters, wenngleich der Sohn darüber Verwaltungsrechte hatte und durch seinen Contract den Vater bis auf den Betrag dieses Pekuliums verpflichtete. Wenn der Sohn also ausserdem freiwillig im Namen des Vaters Verträge abschloss, so stand er in demselben Verhältnis wie jeder freie Vertreter zu ihm [1]). Man pflegte früher in den obigen Fällen von einer Stellvertretung durch unfreie Personen, einer notwendigen Stellvertretung, zu sprechen. Jedoch mit Unrecht [2]), denn wenn auch vielfach dasselbe Resultat durch diesen Erwerb der hausunterthänigen Personen erzielt wurde, wie durch die Stellvertretung, namentlich, seitdem der Prätor später den Gewaltuntergebenen dadurch die Entnahme von Credit ermöglichte, dass er aus ihren Geschäftsschulden, soweit Vollmacht oder Bereicherung des Hausvaters vorlag, Klagerechte gegen letzteren gab, so besteht doch der Unterschied, dass der Stellvertreter namens des Vertretenen contrahieren will; bei dem Haussohne oder Sklaven kommt es dagegen auf diesen Willen nicht an, die von ihnen erworbenen Rechte fallen mit Notwendigkeit kraft eines Rechtsatzes dem Vater oder Herrn zu; der Erwerb vollzog sich also auch ohne Wissen und Willen des Gewalthabers und selbst wider Willen des Gewaltunterworfenen.

§ 4.

Der Grundsatz des alten Civilrechts wurde jedoch, als der Handel und Wandel lebhafter und mannigfaltiger wurde, zu einem bedeutenden Hemmnis der Verkehrsentwicklung. Es lag nämlich einerseits darin, dass die Gewaltunterworfenen, während sie ex lege für ihre Gewalthaber erwarben, durch die Verpflichtungen, welche

1) Savigny, Obl. II. S. 50 N. o.
2) Windscheid, Pandekten I. § 73.
Laband, l. c. S. 198.

sie eingingen, dagegen nur sich selbst verpflichteten, eine Härte und Unbilligkeit gegen den Vertragsgegner derselben, welcher bei der Vermögenslosigkeit dieser Personen kein Mittel hatte, seine Forderungen einzutreiben. Die Folge dieses ungenügenden Rechtsschutzes war eine allgemeine Creditlosigkeit der Sklaven und Haussöhne und damit auch dem Gewalthaber die Möglichkeit genommen, sich derselben im Geschäftsverkehre zum Abschluss von Verträgen zu bedienen. Anderseits war auch für den Hausvater selbst die Strenge dieses Princips insofern beengend, weil, wenn er eine vertragsmässige Verpflichtung eingehen wollte, er den Vertrag persönlich abschliessen musste. In etwa wurde allerdings dadurch Abhülfe geschaffen, dass auch nach altem Civilrecht die formlosen Geschäfte durch Boten und Briefe so abgeschlossen werden konnten, dass die Wirkungen des Vertrages sich nur auf die contrahierenden Parteien bezogen [1]). Aber auch das genügte nicht, daher liess das neuere römische Recht Stellvertretung bis zu einem gewissen Grade zu, namentlich rücksichtlich des Besitz- und Eigentumserwerbes, sofern letztere durch Besitzerwerb vermittelt wurde, und der Contrakte. In letzterer Beziehung war es allerdings nur in einigen Fällen möglich, den Vertrag so abzuschliessen, dass der Principal direkt und allein Subject des Obligationsverhältnisses werden sollte und zwar beim Darlehen [2]), auch bei dem Pfandrecht, welches zu Gunsten jenes Darlehns bestellt wird [3]), ferner bei dem constitutum, hier aber nur bei dem

---

1) l. 1 § 1 D. mand. 17. 1.
l. 2 pr. D. de pact. 2. 14.
l. 1 § 11 D. dep. 16. 3.
l. 1 § 2 D. de cont. empt. 18. 1.
l. 14 § 3, l. 15 D. de pec. const. 13. 5.

2) l. 2 § 4; l. 9 § 8 D. d. reb. cred. 12. 1.
l. 2 C. per quas pers. 4. 27.

3) Nach einer Verordnung Justinians: l. 2 C. cit.

Vertrage einer juristischen Person durch den Vorstand, und des Mündels durch den Vormund[1]). Daneben wurde durch das prätorische Edikt[2]) und das sich daran anschliessende Juristenrecht eine Reform durchgeführt, wonach sich die Geschäftsführer zwar noch persönlich aus ihren Geschäften berechtigten und verpflichteten, zugleich aber aus den Geschäftsschulden derselben Klagen gegen den Handelsherrn gewährt wurden, so dass dieselben neben ihren Angestellten hafteten. Durch diese Klagen, von den Neuern actiones adiectitiae qualitatis genannt, wurde keineswegs das Princip des alten Civilrechts beseitigt, sondern nur in mehrfacher Beziehung durchbrochen und so dem Verkehrsbedürfnisse Rechnung getragen.

Es soll nun in Folgendem untersucht werden und zwar zunächst für den Erwerb von Besitz und Eigentum, sodann für den Abschluss von Verträgen, ob zur Berechtigung bezw. Verpflichtung des Geschäftsherrn erforderlich war, dass der Vertreter im Namen desselben handelte oder nicht.

Der Besitzerwerb durch Vertreter kam erst in der Kaiserzeit auf und zwar liess man zunächst Besitzerwerb durch die Procuratoren zu. Diese waren zum grossen Teil Freigelassene, welch auf Grund eines Special- oder Generalmandats [3]) — letzteren Fall haben wir hier im Auge — ihrem Herrn Besitz resp. Eigentum erwarben. Nachher wurde auch die Möglichkeit des Besitzerwerbes durch freie Personen schlechthin aner-

---

1) l. 5 § 9 D. de pec. const. 13. 5. In gewissem Umfang war auch der Erwerb des Erbrechts durch Vertreter gestattet.

2) l. 1 pr. D. de inst. act. 14. 3.

3) Dass auch dieses genügt, hat Bremer in Linde's Zeitschrift N. F. Bd. XI N. 7 nachgewiesen.

kannt; in der späteren klassischen Kaiserzeit ist die Entwicklung dieser Lehre vollendet [1]). Diese Personen erwarben aber nur dann dem Geschäftsherrn unmittelbar Besitz- und Eigentum, wenn sie im Namen desselben handelten, schlossen sie dagegen in eigenem Namen das der Besitzesübergabe zu Grunde liegende Geschäft ab, und machten sie sich persönlich dem Mitcontrahenten für die Leistung des Aequivalentes der erworbenen Sache verbindlich, so erwarben sie den Besitz zunächst für sich. Dies geht aus den Quellen hervor, welche ausdrücklich zwischen der Stellung des Geschäfts auf eignen und fremden Namen unterscheiden [2]) und dieser Unterscheidung gemäss aussprechen, dass im ersteren Falle der Vertreter selbst, im letzteren der Geschäftherr Besitzer und Eigentümer wird. Diejenigen Stellen nämlich, nach welchen der Geschäftsherr Besitz und Eigentum erwirbt, enthalten ausdrücklich den Zusatz, dass die Tradition in seinem Namen erfolgt sei, während dagegen in keiner der Stellen, nach welchen der Vertreter es erwirbt, sich dieser Zusatz findet.

So z. B. l. 13 D. de adquir rer. dom. 41. 1:

Si procurator rem mihi emerit ex mandato meo eique sit tradita meo nomine dominium i. e. proprietas adquiritur etiam ignoranti.

In dieser Stelle wird ausdrücklich bei der Erwähnung der Tradition noch das meo nomine hinzugefügt. Dies wäre vollständig überflüssig, wenn hierdurch nur die Absicht des Prokurators, für mich zu handeln, ausgedrückt werden sollte. Es wird also hier ein besonderer Nachdruck auf das meo nomine gelegt. Daraus geht hervor, dass damit nicht etwas ausgesprochen wer-

1) l. 1 C. de adquir. et ret. possess. 7. 32.
l. 53 D. de adquir. rer. dom. 41 1.
2) l. 1 § 11 D. dep. 16. 6.
l. 1 § 20 D. de adquir. poss. 41. 2.
l. 8 C. de reiv. 3. 32.

den soll, was sich völlig von selbst versteht, sondern ein besonderes Erfordernis der Tradition [1]).

Im Gegensatz zu der eben angeführten Stelle spricht l. 59 pr. D. de adquir. rer. dom. 41. 1:

Res ex mandatu meo empta non prius mea fiet, quam si mihi tradiderit, qui emit, auf das Unzweideutigste aus, dass die römischen Juristen regelmässig Besitzerwerb für den Vertreter selbst annahmen, wenn derselbe sich auf Grund eines von ihm selbst abgeschlossenen Geschäftes tradieren liess.

Unverkennbar gelangt der Unterschied zwischen dem Besitzerwerb durch einen Stellvertreter und dem Ersatzmann in l. 1 § 20 D. de adquir. possess. 41. 2 zum Ausdruck:

Per procuratorem tutorem curatoremve possessio nobis adquiritur; cum autem suo nomine nacti fuerint possessionem, non cum ea mente ut operam dumtaxat suam accomodarent, nobis non possunt adquirere.

Haben der Procurator, Tutor und Curator, sagt der Jurist, suo nomine den Besitz erlangt, so erwerben sie für sich selbst, dagegen für uns, wenn sie cum ea mente, ut operam suam accommodarent, gehandelt haben. Versteht man hier unter suo nomine „für sich", so lautete die Stelle: Nicht alles, was Personen, die ausserdem Vormund und Stellvertreter sind, erwerben, fällt den von ihnen Vertretenen zu. Aus diesem Wortlaute ergiebt sich aber kein richtiger Sinn, man kann daher suo nomine hier nur mit „auf ihren Namen" übersetzen und dann ist der Sinn der Stelle der: Nur dann erwerben die genannten Personen für ihre Mündel, wenn sie ihnen die Mühe der Apprehension haben abnehmen wollen, nicht aber, wenn sie zwar für sie, aber nicht in ihrem Namen Besitz ergriffen haben, in diesem

1) Ebenso in l. 47 D. de usuc. 41. 3.

Falle ist noch ein eigener Uebertragungsakt erforderlich [1])

Die Stellung der Tradition auf den Namen des Geschäftsherrn muss keineswegs eine ausdrückliche sein, sie wird auch da angenommen werden, wo der Name desselben weder von dem Tradenten noch dem Empfänger genannt wird. Dies wird namentlich dann der Fall sein, wenn der Vertreter ständig in Diensten desjenigen steht, für welchen er das Geschäft abschliesst. Hier ist die Beziehung der Tradition auf den Geschäftsherrn von vornherein von beiden Contrahenten derart beabsichtigt, dass ihnen ein besonderes Hervorheben dieser Beziehung überflüssig erschien. Ja, es ist nicht einmal notwendig, dass der Name des neuen Eigentümers der andern Partei bekannt ist. Wenn z. B. in einem Geschäftslokale ein Handlungsgehülfe Sachen tradiert und ihm übergebene Sachen annimmt, so wirken diese Geschäfte zu Gunsten und Lasten des Herrn, auch wenn desselben gar keine Erwähnung geschieht, auch wenn der dritte Contrahent gar nicht weiss, ob er es mit einem Angestellten oder dem Herrn selbst zu thun hat, ob der ihm bekannte Principal noch am Leben, oder sein Erbe für ihn eingetreten ist.

Die Handlung eines Ersatzmannes, welcher in eignem Namen das Geschäft abgeschlossen und daraufhin Besitz ergriffen hat, wird andererseits nicht schon dadurch zur Stellvertretung, dass der Tradent zufällig von demselben erfahren hat, für wen er handelt. Es kann dies Wissen des Tradenten auf einer blossen Kenntnis des Motivs beruhen, welches den Ersatzmann zu seiner Handlung bestimmt, diese ist aber indifferent.

---

1) Ferner sprechen von dem Erwerbe des Ersatzmannes:
l. 74. D. pro socio 17. 2.
l. C. b. de his qui a non dom. 7. 10.
l. 135 § 2. D. de v. o. 45. 1.

Bei den anderen Erwerbsarten des Eigentums, der Occupation und Specification, ist eine Stellung des Erwerbsactes auf den Namen des Principals nicht möglich, da zu einer Nennung des Namens des Principals keine Gelegenheit geboten wird. Wenn trotzdem die Quellen von einer Vornahme desselben auf den Namen eines andern sprechen[1]), so kann der rechtliche Charakter dieser Handlung nur aus dem Verhältnis abgeleitet werden, in dem die Mittelsperson zum Geschäftsherrn steht, und zwar muss dieses Verhältnis auf Vornahme dieser Dienstleistung für den Principal gerichtet sein. Eine etwaige abweichende subjective Absicht des Vertreters kann bei dem Vorhandensein eines solchen Verhältnisses nicht in Betracht kommen. Eine solche Person ist notwendiger Stellvertreter und ist daher zwischen Handeln in eignem und fremdem Namen nicht zu unterscheiden.

Entgegengesetzt der von uns eben angeführten Ansicht haben Puchta[2]) und v. Scheurl[3]) behauptet, dass der Vertreter ohne Rücksicht darauf, ob er in eignem oder fremdem Namen handele, dem Principal Besitz und Eigentum erwerbe. Diese Ansicht ist jedoch durch die vorhergehenden Ausführungen widerlegt.

---

1) l. 25. D. de adquir. rer. dom. 41. 1.
l. 27 § 1 eod.

2) Kl. civilistische Schriften: de dominis rerum per procuratorem acquirendo S. 562 ff.

3) v. Scheurl, Beiträge zur Bearbeitung des röm. Rechts Bd. I S. 208 ff.

Brinz, Pand. Bd. 4[1], 2. Aufl., 1892, hält eine Stellvertretung bei Besitz- und Eigentumserwerb nicht für möglich. Nach ihm verlangt auch das neueste Recht einen eignen Besitzwillen des Vertretenen. Die Vertretung betreffe nur das corpus. Ein Generalmandat sei deshalb nicht genügend, es müsse hier noch der Besitzwille in Gestalt der Ratihabition noch erfolgen. Ein Specialmandat sei zwar genügend, enthalte aber den eignen animus possidendi, Stellvertretung durch einen Mandatar sei also bei dem Besitzwert nicht möglich gewesen.

Dagegen s. Zimmermann, Stellvertretung S. 91—112.

§ 5.

In zweiter Linie haben wir zu betrachten, inwieweit durch Einführung der actiones adiectitiae qualitatis der Grundsatz des alten Civilrechts verändert wurde und, unter welchen Voraussetzungen dieselben eine Verpflichtung bezw. Berechtigung des Geschäftsherrn durch die Contrakte seines im eignen Namen handelnden Vertreters ermöglichten, und zwar wollen wir zunächst die Möglichkeit einer Verpflichtung und dann die eine Berechtigung in's Auge fassen.

Für die vorliegende Abhandlung ist, wie schon eingangs bemerkt, nur die actio exercitoria und institoria von Belang, von einer Behandlung der actio quod iussu, de peculio und quasi institoria sehen wir ab, da sie sich auf Verträge gewaltunterworfener Personen beschränken und ihrer ganzen Grundlage nach mehr dem Familienrecht angehören oder, wie die actio quasi institoria nur dann Platz greifen, wenn ein Vertreter zum Abschlusse eines einzelnen Rechtsgeschäftes bevollmächtigt ist. Wir gehen zunächst auf eine kurze Untersuchung der Natur und Voraussetzung der beiden Klagen ein.

Das römische Recht versteht unter Institor eine Person, welche von einer andern, (dem Geschäftsherrn, Principal, Präponent) angestellt ist, um auf Rechnung derselben ein Gewerbe oder eine Reihe von Geschäften, welche zu einem Gewerbe gehören, zu betreiben. Der Institor steht also nicht einem einzelnen Geschäfte, sondern einem ganzen Geschäftsgebiete, einem Kreis von Geschäften vor; er ist Gewerbsverwalter. Seine Verwaltung besteht hauptsächlich darin, dass er innerhalb seines Gewerbebetriebes contrahiert, es ist ihm daher wesentlich ein juristischer Charakter. Die Geschäfte, welche der Institor besorgt, können der allerverschiedensten Art sein und hieraus ergeben sich ebenso viele

Arten des Institor[1]). Allen Fällen liegt aber der Gedanke zu Grunde, der Institor vertritt contrahierend einen Gewerbsmann, in dessem ganzen Gewerbe oder einem Zweig desselben[2]). Eine besondere Art des Institor, den magister navis, hebt das römische Recht ausdrücklich hervor und widmet ihm einen Pandektentitel. Dies ist dadurch zu erklären, dass jedenfalls zunächst in einem besonderen Edikt, dem dringenden Bedürfnisse entsprechend[3]), die Klage gegen den Rheder aus dem Vertrage des Schiffsführers eingeführt wurde. Für diese Annahme spricht die Ordnung, in der diese beiden Klagen in den Quellen besprochen werden, welche auch schon in dem edictum perpetuum dieselbe war, namentlich auch l. 7, § 1, l. 13, § 2 de instit. act 14. 3. Die scheinbar unserer Annahme widersprechende l. 4 C. h. t. ist dadurch zu erklären, dass trotz des höheren Alters der actio exercitoria sich einzelne Sätze zuerst bei der actio institoria ausgebildet haben, welche dann auf erstere übertragen wurden. Jedenfalls sind beide Klagen durchaus derselben Natur [4]), sodass die Regeln, welche die Quellen für die eine aufstellen auch auf die andere unbedenklich angewandt werden können, nur gelten für die actio exercitoria einige Besonderheiten[5]), welche die Förderung der Schifffahrt bezweckten und auf andere Gewerbe nicht anwendbar waren. Wir können daher im Folgenden unter dem Institor auch den magister navis mit einbegreifen.

Erste Voraussetzung der actio institoria ist, dass ein Institor contrahiert hat. Der Institor wird dies durch

---

1) S. Thöl, Handelsrecht, 5. Aufl. § 55, S. 180.
2) l. 3, l. 18 D. de instit. act. 14. 3.
3) l. 1. pr. D. de exercit. act. 14. 1.
4) Glück, Pandectencom. XIV, S. 236.
Savigny, Oblig. II, § 54, S. 26.
Windscheid, Pand. II, § 482, N. 7.
5) l. 1. §§ 5, 19, 20. D. exercit. act. 14. 1.

seine Anstellung, praepositio. Hierzu genügt nach unbestrittener Ansicht die einseitige Erklärung des Geschäftsherrn, durch welche jemand zum Betriebe eines Gewerbes oder eines zu einem Gewerbe gehörigen Geschäftskreises ermächtigt wird. Dieser ausdrücklichen Willenserklärung, welche übrigens an gar keine Form gebunden ist, steht die durch konkludente Handlung gleich. Der gewöhnlichste Fall ist die Anstellung in einem Handelslokal. Es gilt sogar der Satz, dass jede in einem Handelslokal angestellte Person von dem Publikum als Institor angesehen werden darf. Die Anstellung, ohne dass eine weitere Bekanntmachung erfolgt, genügt, um dem Principal aus dem mit dem Angestellten abgeschlossenen Contrakte zu verpflichten. Will der Principal dies nicht, sondern schränkt er die Vollmacht des Institors ein, so muss er dies durch Anschlag bekannt geben[1]). Auch insofern wird die praepositio in der freiesten Weise behandelt, als nicht nur der Geschäftsherr selbst, sondern auch der Procurator, Tutor oder Curator[2]) und für den Fall der nachfolgenden Ratihabition auch der negotiorum gestor[3]) den Institor gültig bestellen kann.

Institor kann jede handlungsfähige Person ohne Rücksicht auf Geschlecht, Alter, Gewaltunterworfenheit sein. Was besonders das letztere betrifft, so weist die Darstellung des Gaius (IV, 7) darauf hin, dass dieser Fall als der ursprünglichste und häufigste aufzufassen ist. Die innere Seite des Verhältnisses zwischen Principal und Institor kann juristisch sehr verschiedener Natur sein. Wenn nicht ein persönliches Gewaltverhältnis bestand, so konnte dasselbe auf einem Mandatsvertrage[4]),

---

1) l. 11, §§ 2, 3, D. inst. act. 14, 3.
2) l. 5, § 18, pr. D. de inst. act. 14, 3.
3) l. 7 pr. D. eod.
4) l. 1, § 18 D. de exercit act. 14. 1.

einer locatio conductio[1]), einem Inominatcontrakt[2]) und endlich seltener auf einer negotiorum gestio[3]) beruhen.

Die Veränderung, welche der Prätor durch Einführung der actiones adiectitiae qualitatis bezweckte und auch bewirkte, bezog sich nur auf das Verhältnis des dritten Contrahenten zum Principal, das Verhältnis des Vertreters zum Dritten blieb unberührt, denn wir dürfen nicht aus dem Auge verlieren, dass diese Klagen hauptsächlich zum Schutze des dritten Contrahenten gegen den Principal eingeführt waren. Der Principal wurde daher nur neben dem Institor aus dem Contrakte desselben verpflichtet. Keineswegs wurde der Institor aus der Haft befreit, er blieb nach wie vor der eigentliche Contrahent, und das Recht des dritten Contrahenten, gegen ihn aus dem Vertrage Klage zu erheben, wurde durch das prätorische Edikt nicht im mindesten geschmälert: hoc enim edicto non transfertur actio, sed adiicitur[4]). Es stand daher in der Wahl des dritten Contrahenten, ob er den Principal oder den Institor belangen wollte[5]). Allerdings erscheint die Haftung des Principals im Gegensatz zu der des Institors nur als Nebenhaftung, es entstand ein Verhältnis, welches der Correalobligation sehr ähnlich sah, aber keine war. Der Unterschied liegt darin, dass bei der Correalobligation zwei principale sich gegenseitig beeinflussende Obligationen existieren, in unserm Falle ist die Obligation des Institors die principale, die des Principals die accessorische. Die Klage gegen den Principal ist keine selbständige, sondern

---

1) l. 1, § 18, l. 5 D. eod.
l. 11, § 8, l. 12 D. de inst. act. 14. 3.
2) Thöl, l. c. § 58. S. 191.
3) l. 1 D. de instit. act. 14. 3.
4) l. 5, § 1 D. exercit act. 14. 1.
5) l. 1, §§ 17, 24 D. de exercit. act. 14. 1.
l. 5, § 1, cit.
l. 17, § 1 de instit. act. 14. 3.

eine blosse Modification der gegen den Institor begründeten Klage; sie ist an und für sich eine leere Form, welche ihre Bedeutung erst erhält durch die gegen den Institor entstandene actio emti, venditi, condictio mutui. Die Klage kommt nämlich nicht in ihrer reinen Gestalt zur Anwendung, sondern mit einem Beisatz, welcher kraft ediktaler Vorschrift der actio eine in ihrem Wesen nicht begründete Eigenschaft verleiht. Sowohl der Institor wie der Principal haften auf das Ganze. Mehrere Juristen bestreiten die unbedingte Haftpflicht des Institors, indem sie teils die Zulässigkeit der Klage auf die Zeit, während welcher er sein Amt bekleidet, beschränken, teils den Grundsatz aufstellen, dass derselbe nicht mit seinem eignen Vermögen für die Schuld einzustehen habe, sondern die Klage gehe nur dahin, dass der Institor dem Gläubiger aus dem Vermögen des Principals Befriedigung verschaffe. Diese Auffassung ist mit der römischen Rechtsanschauung unvereinbar. Vom Standpunkte des römischen Rechts aus ist der Institor nämlich alleiniger und wirklicher Contrahent, in welchem Rechte und Verpflichtungen gerade so zur Entstehung kommen, als ob der Principal gar nicht im Hintergrunde stände. Die Stellen, welche für diese beschränkte Haftung des Institors angeführt werden, sind von keiner Beweiskraft. In der gewöhnlich hierfür angezogenen l. 20 D. de instit. act. 14, 3 ist der richtigen Ansicht nach gar nicht die Rede von einem Vertrag, den der Institor abschliesst, sondern lediglich von einer Bescheinigung, die ohne jede Absicht der Verpflichtung von dem Institor ausgestellt wurde, um den Credit des ihm von dem Principal übergebenen Geschäftes aufrecht zu erhalten: ad fidem mensae protestandam. Aus diesem Grunde also und nicht, weil infolge des Todes des Principals das Geschäft aufgehört hatte, wird hier die Anstellbarkeit der Klage in Abrede gestellt. Die übrigen Stellen, welche zum Beweise der oben angeführten Be-

hauptung angezogen werden, gehören gar nicht hierher, da sie wie l. 43, § 1 D. de adm. et peric. tut. 26. 7 und l. 15 C. eod. 5, 37 von gesetzlichen Vertretern, welche allerdings vorausgesetzt, dass sie als Stellvertreter handelten nur bis zum Belaufe des Vermögens des von ihnen Vertretenen, nach beendigtem Amte aber gar nicht mehr belangt werden konnten, oder wie l. 4 pr. § 2 D. de re iud. 42. 1 von Processprokuratoren reden, welche ebenfalls nach besonderen Grundsätzen beurteilt werden[1]). Dagegen ist die Haftung des Institors in einer Reihe von Stellen ausgesprochen, welche keine Andeutung darüber enthalten, das sie durch das prätorische Edikt irgendwie berührt, namentlich bezüglich der Zeit einer Beschränkung unterworfen sei[2]). Freilich konnte der Institor bei jeder einzelnen Contraktschliessung durch ein pactum ne ab ipso petatur zu vereinbaren suchen, dass die Contraktsklage gegen ihn nicht erhoben werde, allein er hätte leicht das Misstrauen des dritten Contrahenten erregt, wenn er jedesmal auf seine persönliche Sicherheit bedacht genommen hätte.

Es ist ferner die Ansicht aufgestellt worden, dass der Institor zwar einer Klage ausgesetzt sei, die Exekution aber stets an den Principal verweisen könne. Diese Meinung enthält einen innern Widerspruch und ist nach römischem Recht unhaltbar. Denn sobald der Dritte mit dem Institor litem contestiert hatte, war die anfänglich gegen den Principal begründete actio adiectitiae qualitatis consumiert und letzterer, da er dem dritten Contrahenten nur mit dieser prätorischen Klage verhaftet war, von aller Verbindlichkeit frei. Der nachher gegen den Institor begründeten actio iudicati stand der Principal durchaus unbeteiligt gegenüber, es war daher

1) S. Ruhstrat, Archiv für das Oldenb. Recht, S. 43 ff.
2) l. 1, §§ 17, 24, l. 5, § 1 D. de exercit act. 14. 1. l. 17, § 1, l. 19 pr. D. de instit. act. 14. 3.

dem Institor unmöglich, die actio iudicati an den Principal zu verweisen. Einen deutlichen Hinweis hierauf enthält ein Ausspruch Papinians in l. 19 pr. D. de inst. act. 14. 3, in welcher er sagt, dass die Klage gegen den Principal auch dann stattfände, wenn der Institor solvent sei. Nach der Meinung Papinians also kann der Institor nicht allein verklagt werden, sondern ist auch der Exekution ausgesetzt, wie es andererseits dem dritten Contrahenten freisteht, auch wenn er vollständige Befriedigung von dem zahlungsfähigen Institor erwarten kann, sich nicht auf die Klage gegen diesen zu beschränken, sondern den Principal in Anspruch zu nehmen.

Durch Anstellung der direkten Klage wird die institorische consumiert und umgekehrt. Es wird dies in den Quellen bezüglich der actio exercitoria ausdrücklich ausgesprochen[1]), bei derselben Natur beider Klagen muss die Stelle auch auf die actio institoria bezogen werden.

§ 6.

Damit der Principal aus dem Contrakte des Institor verpflichtet werde, muss derselbe zunächst zu denjenigen Geschäften gehören, zu deren Abschluss der Institor durch die praepositio ermächtigt ist. Dieser Geschäftsumfang kann sich aus dem Wortlaut der praepositio, aus der Natur des betriebenen Geschäftes, sowie der Stellung, welche dem Institor eingeräumt ist, ergeben[2]).

Was nun die Notwendigkeit der formellen Bezugnahme auf das Präpositionsverhältnis betrifft, so besteht darüber ein bis heute noch ungeschlichteter Streit, ob die Anwendbarkeit unserer beiden Klagen ein Handeln im Namen des Principals, ein Contrahieren mit offener

1) l. 1, § 24, de exercit. act. 14. 1.
2) l. 1, §§ 11, 12 D. de exercit. act. 14. 1.
l. 19, § 3 D. de instit. act. 14. 3.

Vollmacht voraussetzt, oder ob es genügt, dass der Institor oder magister navis nur innerhalb des Kreises der ihm von dem Principal übertragenen Geschäfte thätig geworden ist, ob der dritte Contrahent sich jener Klagen also auch dann bedienen kann, wenn ihm die Absicht des Institors, für seinen Herrn zu handeln, nicht kundgegeben, auch sonst nicht bekannt geworden, ihm vielleicht sogar ganz verborgen geblieben ist, dass sein Mitcontrahent Institor oder magistor navis eines andern sei. Die herrschende Meinung[1]) hat sich in ersterem Sinne entschieden, ihr gegenüber steht jedoch eine ganze Anzahl von Schriftstellern[2]), welche die entgegengesetzte Ansicht vertreten. Wir halten die herrschende Meinung für die richtige, welche also verlangt, dass das Rechtsgeschäft mit Bezugnahme auf die praepositio abgeschlossen worden sei, oder deutlicher gesagt, dass der dritte Contrahent nicht nur um die Anstellung gewusst, sondern dass auch sein Wille eben wegen jener Anstellung, den Vertrag abzuschliessen, erkennbar hervorgetreten sei. Es entspricht diese Ansicht auch dem Wesen der Sache, denn wer ohne Kenntnis der praepositio mit dem Institor contrahiert, ihn also für den Geschäftsherrn hält, hat ihm creditiert, er ist daher auch

1) Gensler, Archiv f. civil. Praxis I, S 393.
Thöl, l. c. § 74, S. 242.
Ihering l. c. S. 388.
Windscheid, l. c. II § 13, Anm. 13.
Zimmermann. stellvertretende negot. gestio, 105 ff.
Mitteis, Stellvertretung S. 25—32.
Curtius, Archiv f. civ. Praxis 58. Bd. S. 76.
Dernburg, Pand. II, § 13, N. 13.

2) Savigny, Oblig. II, S. 61.
Hellmann, Stellvertretung S. 80—96.
Schlossmann, Contrahieren m. offner Vollmacht S. 217, 255.
Mandry, Krit. Vierteljahrsschrift XIV. S. 395 f. Gem. Familienrecht II, S. 600.
Elsässer, Ueber die institorische Klage S. 17 ff.

nicht berechtigt, hinterher einen Andern in Anspruch zu nehmen, dessen Mithaftung er beim Abschlusse des Contraktes gar nicht in Betracht zog.

Wenden wir uns nun zur Untersuchung des hierher gehörigen Quellenmaterials, so können wir bei unserer Beweisführung kaum entscheidendes Gewicht legen auf Wendungen, wie eius rei gratia, cui praepositus erit, contractum fuerit, eius rei causa, cui praepositus erit, contractum fuerit (§ 2 J. quod cum eo 4. 7; l. 5 § 11 D. de instit. act. 14. 3), durch welche die Quellen die Voraussetzung, unter welcher die actiones exercitoriae und institoriae anstellbar sind, bezeichnen. Denn wenn sich auch, wie Brinz (Pand. IV. S. 371) bemerkt, diese Ausdrücke kaum gebrauchen lassen, von demjenigen, der blos innerhalb der Vollmacht contrahiert, so ergeben die angezogenen Stellen keinen sicheren Anhaltspunkt für eine solche Annahme und können daher diese Wendungen ebensowohl von dem blos objectiven Erfordernis des materiellen Zusammenhangs des Vertrags mit dem Geschäftskreise des Institors verstanden werden. Ebenso wenig lässt sich aus §§ 1, 2 J. quod cum eo 4, 7: ... quia qui ita contrahit fidem domini sequi videtur. Eadem ratione praetor duas alias in solidum actiones pollicetur. quarum altera exercitoria, altera institoria appellatur, ein durchschlagender Beweis für unsere Ansicht entnehmen, da hier die Annahme nicht ausgeschlossen ist, dass diese Stelle nur den Normalfall im Auge hat, und in derselben kein Rechtssatz, sondern nur ein Hinweis auf das gesetzgeberische Motiv, welches den Prätor zur Einführung seiner neuen Klagen bestimmte, ausgesprochen werden soll. Auch l. 1 § 9 D. de exercit. act. 14. 1, auf welche verschiedene Schriftsteller sich berufen, bietet keine zuverlässige Stütze für die hier vertretene Ansicht, da man bei unbefangener Erwägung mit Brinz l. c, S. 371, Anm. 62 zu der Ansicht gelangen muss, dass

aus dieser Stelle nur soviel mit Bestimmtheit hervorgehe, „dass wenn das creditierte Geld von Schiffer nicht der Vollmacht gemäss verwendet wird, die Creditierung ausdrücklich zum vollmachtsmässigen Zwecke erfolgt sein müsste."

Dagegen lässt sich aus l. 13 pr. D. de instit. act. 14. 3:

Habebat quis servum merci oleariae praepositum Arelate eundem et mutuis pecuniis accipiendis, acceperat mutuam pecuniam: putans creditor ad mercem eum accipisse, egit proposita actione; probare non potuit mercis gratia eum accepisse: licet consumpta est actio nec amplius agere poterit, quasi pecuniis quoque mutuis accepiendis esset praepositus, tamen Julianus utilem ei actionem competere ait, wie auch Brinz l. c. annimmt, ein Beweis für unsere Ansicht insofern herleiten, als sich nämlich aus ihr folgern lässt, dass die Bezeichnung des präpositionsmässigen Geschäftszweckes in der Klageformel enthalten war[1]). Allerdings ist damit noch nicht gesagt, dass der präpositionsmässige Geschäftszweck auch beim Geschäfte selbst zu Tage treten musste; immerhin spricht diese Stelle für die Notwendigkeit des Hervortretens des Geschäftszweckes beim Abschlusse des Contraktes, da sonst der Kläger genötigt wäre, einen rein innerlichen Vorgang, die blos subjective Absicht des Beklagten zu beweisen.

Deutlich ist die herschende Ansicht ausgesprochen, in l. 7 pr. D. de exercit. act. 14. 1:

Lucius Titius Stichum magistrum navis praeposuit, is pecuniam mutuatus cavit, se in refectionem navis

---

1) Vgl. Leuel, Edictum perpetuum S. 206, Anm. 1, nach ihm lautet die Formel:

Quod No Ns de Lucio Titio cum is a No No tabernae praepositus esset X pondo olei emit, cui rei Lucius Titius a No No praepositus erat, quidquid ob eam rem Lucium Titium Ao Ao dare facere oportet ex fide bona eius iudex Nm Nm Ao Ao c. s. n. p. a.

eam accepisse: quaesitum est, an non aliter Titius exercitoria teneretur, quam si creditor probaret pecuniam in refectionem navis esse consumptam. Respondit creditorem utiliter acturum, si cum pecunia crederetur, navis in ea causa fuisset, ut refici deberet: etenim, ut non oportet creditorem ad hoc adstringi, ut ipse reficiendae navis curam suscipiat et negotium domini gerat (quod certe futurum sit, si necesse habeat probare pecuniam in refectionem rogatam esse) ita illud exigendum, ut sciat in hoc se credere, cui rei magister quis sit praepositus, quod certe aliter fieri non potest, quam si illud quoque scierit necessariam refectioni pecuniam esse: quare etsi in ea causa fuerit navis, ut refici deberet, multo tamen major pecunia credita fuerit, quam ad eam rem esset necessaria, non debere in solidum adversus dominum navis actionem dari.

Der Fall der Stelle ist klar. Der Schiffsrheder Lucius Titius hat seinen Sklaven, Stichus, als magister navis aufgestellt. Dieser hat von einem dritten ein Darlehen aufgenommen und nun ist die Frage: Haftet Lucius mit der actio exercitoria wegen dieses Darlehns nur dann, wenn der dritte die Verwendung des kreditierten Geldes zur Ausbesserung des Schiffes beweist, oder schon dann, wenn das Schiff zur Zeit der Darlehnsaufnahme in ausbesserungsbedürftigem Zustande sich befand? Die Antwort lautet ausdrücklich: Wie der Gläubiger nicht zu beweisen braucht, dass das Darlehen vollmachtsmässig verwandt ist, so muss andererseits das Erfordernis aufgestellt werden, dass der Gläubiger bewusster- und erklärtermassen zu vollmachtsmässigem Zwecke creditiert hat. Der Jurist stellt hier die beiden Sätze, wie Zimmermann l. c. S. 109 ausführt:

1) dass die wirklich vollmachtsmässige Verwendung der Summe, welche der magister navis geliehen hat, gleichgültig;

2) dass dagegen die Creditierung im Hinblick auf

den Rheder zur Begründung der actio exercitoria erforderlich sei, als zwei selbstständige, von einander unabhängige Rechtssätze auf. Wäre dies nicht seine bestimmte Absicht gewesen, so hätte er sich jedenfalls anders ausgedrückt, er hätte einfach sagen können, wenn der Gläubiger die vollmachtsmässige Verwendung des Darlehns nicht beweisen könne, so müsse er statt dessen die Creditierung im Hinblick auf den Principal beweisen.

Eine noch unmittelbarere und entscheidendere Anerkennung des zur Frage stehenden Rechtssatzes enthält § 2 l. c.:

Eadem fere dicenda ait et si de institoria actione quaeratur: nam tunc quoque creditorem scire debere necessariam esse mercis comparationem, cui emendae servus sit praepositus et sufficere si in hoc crediderit, non etiam illud exigendum ut ipse curam suscipiat in hanc rem pecuniae exigendae.

In dieser Stelle werden die für die actio exercitoria gefundenen Grundsätze auf die actio institoria angewandt und die Notwendigkeit des Contrahierens mit offener Vollmacht gleich von vornherein betont. Auch bei der actio institoria, sagt der Jurist, muss der Gläubiger zu einem präpositionsmässigem Zweck, also im Hinblick auf den Principal creditieren, selbst wenn das Darlehn der Vollmacht entsprechend verwandt ist; mehr ist aber nicht erforderlich, dafür dass die Verwendung auch wirklich erfolgt, ist der Gläubiger nicht verpflichtet zu sorgen. Für die Verwendung des aufgenommenen Geldes hat weder der Gläubiger noch der Institor Sorge zu tragen.

Auch Mitteis l. c. S. 31 sieht in der angegebenen Stelle die Notwendigkeit der Bezugnahme auf den Principal ausgesprochen. Er findet namentlich den subjectiven Conjunctiv „sit praepositus“ bezeichnend, welcher auf das Wissen und die Gedanken des Gläubigers hin-

deute, während für das blosse objective Erfordernis der praepositio der Indikativ est praepositus richtiger gewesen wäre.

Ebenso ergiebt sich klar und deutlich die Richtigkeit der von uns vertretenen Ansicht aus l. 5 § 17 de instit. act. 14. 3:

Si ab alio institor sit praepositus, is tamen decesserit qui praeposuit et heres ei exstiterit, qui eodem institore utatur, sine dubio teneri eum oportebit, nec non si ante aditam heriditatem cum eo contractum est, aequum est ignoranti dari institoriam actionem.

Der in der Stelle besprochene Fall ist folgender: Der Gewerbetreibende, der einen Institor für sein Geschäft bestellt hatte, ist gestorben. Der Erbe lässt das Geschäft durch denselben Insitor weiter betreiben. Es wird nun dem dritten Contrahenten, welcher in Unkenntnis von dem Tode des Principals vor dem Erbantritt mit dem Institor contrahiert hatte, aus Gründen der Billigkeit die actio institoria gegeben. Dieser zweite Satz der Stelle, nach welchem dem Contrahenten, der ohne Kenntnis von dem Tode des Principals vor dem Erbschaftsantritte mit dem Institor contrahiert hatte, aus Gründen der Billigkeit die actio institoria zusteht, enthält einen klaren Beweis für das von uns aufgestellte Erfordernis. Daraus nämlich, dass man den dritten Contrahenten nach dem Tode des dominus und vor Antritt seiner Erbschaft die actio institoria nur dann gab, wenn er nichts von dem Tode des dominus wusste und auch das nur aus Aequitätsrücksichten, geht deutlich hervor, dass nur die Rücksichtnahme auf den dominus der ausschlaggebende Grund für die Gewährung der actio institoria war. Wenn die Existenz des dominus für den dritten Contrahenten gleichgültig war, und er nichts von derselben zu wissen brauchte, so verdient der Contrahent, der die Existenz des dominus gekannt und nur von seinem Tode nichts erfahren hat, keine grössere

Berücksichtigung als der, welcher von dem Dasein der dominus nie etwas erfahren hat. War das Wissen des ersten Contrahenten etwas völlig irrelevantes, so lag auch kein Grund vor, ihn wegen seines Glaubens, der Principal sei noch am Leben, zu bevorzugen. Wenn daher in unserer Stelle der dritte Contrahent verschieden behandelt wird, je nachdem er den Principal noch am Leben glaubte oder nicht, so geht daraus klar hervor, dass die Bezugnahme auf den Principal beim Abschlusse des Contractes eine wesentliche Voraussetzung der Gewährung unserer Klagen bildet.

Aus den bisherigen Ausführungen ergiebt sich, dass die actio exercitoria und institoria nur dann angestellt werden konnten, wenn der magister navis resp. institor im Hinblick auf den Principal contrahiert hat, namentlich nicht schon dann, wenn der magister navis oder institor nur innerhalb ihres Geschäftskreises gehandelt hatten. An diesem Resultat vermögen auch nichts die von den Gegnern zum Beweise ihrer Ansicht angeführten Quellenstellen zu ändern.

Aus der zunächst angezogenen l. 1 §§ 19—22 D. de exercit. act. 14. 1 erhellt nur soviel, dass die actio exercitoria, wenn der exercitor in fremder Gewalt steht, auch gegen den Gewalthaber des exercitor angestellt werden kann, wenn die Rhederei mit dessen Willen betrieben worden ist. Dies ist aber als Ausnahme zu betrachten, denn, wie die Stelle selbst sagt, wurde die Klage gegen den Gewalthaber nur deshalb zugelassen: quia ad summam rem publicam navium exercitio pertinet. Deshalb aber, um den Credit der Schiffskapitaine zu heben und dem dritten Contrahenten eine wirksame Klage zu geben, da die Klage gegen den gewaltunterworfenen exercitor gar nicht oder doch nur unvollkommen statthaft war, sah man davon ab, dass ausser dem magister navis und dem gewaltunterworfenen exercitor auch noch der zu verklagende Gewalthaber beim Ge-

schäftsabschlusse hervorgetreten sein müsse. Ferner stützen sich die Gegner[1]) unserer Ansicht auf l. 1 pr. D. de exercit. act. 14, 1 und l. 13 pr. D. de instit. ach. 14. 3. Aus der ersteren Stelle lässt sich, wie Zimmermann l. c. S. 107 bemerkt, nur soviel entnehmen, dass die actio exercitoria nötiger ist, wie die actio institoria, da man eher Zeit und Möglichkeit habe vor Abschluss des Contraktes, sich nach den Verhältnissen des institor als nach denen des magister navis zu erkundigen. Dem steht aber das Erfordernis, dass das Geschäft im Hinblick auf den Principal abgeschlossen sein muss, keineswsgs entgegen. Im Gegenteil scheint es erst recht zur Sicherheit des dritten Contrahenten notwendig, denn was liegt wohl näher, als dass der dritte, wenn er nicht Zeit hat, sich nach den Verhältnissen des magister navis zu erkundigen, sich beim Abschluss des Geschäftes auf den Principal beziehen und dies erklären wird?

In l. 13 cit. könnte höchstens aus den Worten: licet consumpta est actio nec amplius agere poterit, quasi pecuniis quoque mutuis accipiendis esset praepositus ein Beweis für die gegnerische Ansicht hergeleitet werden, welche nicht die Notwendigkeit der Bezugnahme auf den Principal enthalten. Allein da unser Requisit kurz vorher schon zweimal: putans creditor ad merces eum accepisse und probare non potuit mercis gratia eum accepisse ausgesprochen ist, kann es nicht auffallen, dass es diesmal nicht geschieht. Es muss daher berechtigt erscheinen, mit Zimmermann l. c. S. 108 die Worte dahin zu ergänzen: quasi pecuniis quoque mutuis accipiendis esset praepositus et proptera mutuam pecuniam acceperat.

Contrahiert der Institor in eigenem Namen, so wird

---

1) Mandry, Krit. Vierteljahrsschrift XIV. S. 396. Abth 1 a. C.

nur er aus dem Contrakt berechtigt und verpflichtet. Er hat den Contrakt für eigene Rechnung geschlossen und daher erlangt der dritte Contrahent auch kein Recht gegen den Principal. Das Geschäft erscheint lediglich als ein eignes Geschäft des Institors. Dieser Fall gehört eigentlich gar nicht in die Lehre vom Institor, da derselbe hier gar nicht als solcher auftritt. Daher wird dieses Falles auch fast gar nicht in den Quellen unter den Titeln de exercitoria und institoria actione gedacht, es wird ausnahmslos die Form vorausgesetzt, durch welche die beiden Klagen begründet sind. Unsere Ansicht findet auch ihre Bestätigung in den Quellen. Wenn die im Folgenden angeführten Stellen nicht ausdrücklich vom Institor sprechen, so sind dieselben doch auf ihn zu beziehen. Denn da es für den von uns zu führenden Beweis der ausschliesslichen Verpflichtung des in eignem Namen handelnden Institors nur darauf ankommt, wie derselbe thatsächlich gehandelt hat, nicht wie er hätte handeln können, so ist es gleichgültig, ob er kraft seiner Stellung berechtigt gewesen wäre, den Contrakt im Namen der Principals abzuschliessen. Es sind daher die Stellen, in welchen von einem Vormund oder demjenigen, der vermöge eines Auftrages zum Abschlusse eines Rechtsgeschäftes ermächtigt ist, die Rede ist, auch für unseren Fall massgebend.

Zunächst ist unsere Ansicht in l. 13 C. si cert. pet, 4. 2 ausgesprochen:

Eum, qui mutuam sumpsit pecuniam, licet in res alienas, creditore non contemplatione domini rerum eam foenori dante, principaliter obnoxium remanere oportet.

Wir finden in dieser Stelle zunächst die Absicht für den Principal zu handeln durch die Worte licet in res alienas ausgedrückt, ferner, dass die Beziehung des Geschäfts zum Principal beim Abschlusse desselben nicht zu Tage getreten sei: creditore non contemplatione do-

mini dante. Dabei ist der Ausdruck principaliter obligatum nicht von einer accessorischen Verpflichtung des Principals zu verstehen, sondern mit Ihering l. c. S. 336 f. durch „eigentliches Subject der Obligation“ zu übersetzen.

Eine weitere Anerkennung unseres Principes, sowie eine ausdrückliche Gegenüberstellung der Gegensätze enthält l. 5 § 1 D. quando ex facto 26. 9:

Tutor, qui pecuniam se soluturam cavit, quam pater pupilli condemnatus fuerat, actionem post tutelam finitam recte recusat. Non idem in eo placuit, qui suo nomine mutuam pecuniam accepit et iudicatum pro pupillo fecit, nisi forte . . .

Im ersteren Falle hat der Vormund in seiner Eigenschaft als Vormund, d. h. als Stellvertreter gehandelt und die Zahlung übernommen, diesem Falle wird nun im Folgenden der gegenübergestellt, wo der Vormund als Ersatzmann gehandelt hat [1]).

Neben den actiones adiectitiae qualitatis, welche nach prätorischem Rechte aus den Obligationen zwischen dem Vertreter und dem dritten Contrahenten gegen den Principal stattfanden, sollte nach späterem Rechte der dritte auch direkt mit einer condictio gegen den Principal klagen können. Dies wird gefolgert aus § 8 J. quod cum eo 4. 7:

Illud in summa admonendi sumus id, quod iussu patris dominiue contractum fuerit, quodque in rem eius versum fuerit, directo quoque posse a patre dominove condici, tamquam si principaliter cum ipso negotium gestum esset. ei quoque qui vel exercitoria vel institoria actione tenetur, directo posse condici placet, quia huius quoque iussu contractum intelligitur [2]).

---

1) Vgl. ferner l. 4 C. si tutor 2. 25.

2) Ferner aus: l. 29 D. de reb. cred. 12. 1.
l. 17. §§ 4, 5 D. de inst. act. 14. 3.

Die Ansichten über die Concurrenz dieser condictio mit unseren adjecticiscben Klagen sind sehr geteilt [1]). Während einige Juristen eine allgemeine Concurrenz der adjecticischen Klagen mit der condictio annehmen, verstehen andere unter der letzteren die Contraktsklage, welche die adjecticischen Klagen völlig beseitigt habe. Savigny dagegen (Obligation II. S. 34) beschränkt die condictio auf die Fälle, in welchen der Haussohn oder Sklave ein Gelddarlehen mit des Hausvaters Willen oder zu dessen Vorteil aufgenommen hat. Anderer Ansicht ist Ruhstrat [2]), der annimmt, dass die condictio ganz allgemein für die Fälle eingeführt sei, in welchen mit der actio institoria, exercitoria, quod iussu, de in rem verso geklagt werden könne. Zweck ihrer Einführung sei die Beseitigung der unbequemen Consumptionsgrundsätze gewesen.

§ 8 l. cit. unterwirft die Anstellbarkeit der condictio keinerlei Einschränkungen, sondern spricht ganz allgemein aus, dass dann, wenn die actio exercitoria und institoria stattfinde, auch direkt mit der condictio geklagt werden könne. Die Ansicht, dass die condictio nur auf die Fälle, in denen ein Haussohn oder Sklave einen Darlehnsvertrag abgeschlossen habe, beschränkt sei, erscheint deshalb nicht begründet, sondern die condictio ist auch dann anstellbar, wenn eine persona sui juris contrahiert. Wohl aber ist die Stelle bezüglich der Rechtsgeschäfte, welche sie im Auge hat, eingeschränkt auszulegen und nur auf die Fälle zu beziehen, in welchen der Vertreter ein Darlehen aufgenommen hat. Dies ergiebt sich, wenn man die Stelle nicht für sich allein, sondern im Zusammenhange mit dem vorher gehenden § 7 l. c. betrachtet, in welchem von einem dem Haussohne gegebenen Darlehen und dem senatusconsultum

1) Die Dogmengeschichte der condictio ist dargestellt bei Chambon, Beiträge zum Obligationsrecht I. S. 259.

2) Savigny's Lehre von der Stellvertretung. S. 40 ff.

Macedonianum gesprochen und gesagt wird, dass demjenigen, welcher einem Haussohne während bestehender väterlicher Gewalt ein Darlehen gebe, weder die condictio mtui gegen den Sohn, noch die condictio mutui de peculio gegen den Vater zustehe. Durch diesen Gedankengang wird der Jurist darauf geführt, zu untersuchen, wie es sich mit den übrigen Fällen des Darlehens verhalte. Dies Argument wird noch überzeugender dadurch, dass auch in den angeführten l. 29 cit. l. 17 §§ 4, 6 cit. nur von Darlehen die Rede ist. Auch Chambon l. c. S. 265 ff. und Buchka, Stellvertretung bei Verträgen, S. 41, beschränken die condictio auf die Fälle des Darlehns.

Wenu wir von diesem Gesichtspunkte die Anstellbarkeit der condictio betrachten, bildet dieselbe eine Ergänzung zu dem von uns geführten Beweise für das Erfordernis der formellen Bezugnahme auf den Geschäftsherrn durch den Institor, da die condictio, welche dem dritten Contrahenten unmittelbar gegen den Geschäftsherrn eingeräumt ward, sich nur unter der Voraussetzung genügend erklären lässt, dass der Gläubiger bei Gewährung des Credits den Geschäftsherrn als künftigen Schuldner im Auge gehabt hat; nur dann kann der Gläubiger die condictio gegen den dritten erheben, dessen Vermögen der Schuldner durch Benutzung der ihm creditierten Geldmittel bereichert hat, während es ohne dieses subjective Requisit an jeglichem rechtlichen Zusammenhang zwischen der Vermögensvermehrung und der Zahlung des Geldes durch den Darleiher fehlte.

Abgesehen von diesen Klagen hat das spätere römische Recht die actio de in rem verso von dem Verkehr mit gewaltunterworfenen Personen analog auf die Beziehungen zwischen freien Personen übertragen und somit eine actio de in rem verso aus den Geschäften freier Stellvertreter anerkannt. Da diese Ansicht, wie überhaupt die ganze Lehre von der actio de in rem

verso utilis sehr bestritten ist, wird es am Platze sein, zunächst ihre Möglichkeit darzuthun.

Wir leiten die Versionsklage aus den Principien der Geschäftsführung und dem Liberationsanspruche, welchen der Geschäftsführer gegen den Geschäftsherrn erwirbt, ab.

Hat nämlich Jemand im Interesse eines andern sich mit einer Schuld belastet, so entspricht dieser Schuldbelastung ein Regress, dessen Inhalt auf Befreiung von dieser Schuld gerichtet ist. Dies ist in den Quellen für den Fall des Mandats[1]) und der negotiorum gestio[2]) anerkannt und deshalb auch für die Fälle der Geschäftsführung massgebend. Der Regress entsteht aus dem realen Vorgang der Aufwendung und tritt, so lange dieselbe noch nicht in Zahlung übergegangen ist, in Gestalt einer Liberationsforderung auf. Der Liberationsanschluss hat verschiedene Eigentümlichkeiten, vor allem die, dass er vermöge seines Inhaltes dem Gläubiger des liberationsberechtigten Schuldners zu Gute kommt. Der Gläubiger kann somit unabhängig von dem Gutdünken des Schuldners die zu seinen Gunsten bestehende Reflexivwirkung des Regresses als eigenes Recht beanspruchen. Andererseits ist der Liberationspflichtige befugt, direkt an den Gläubiger über den Kopf des Schuldners hinweg zu zahlen,[3]) denn er ist durch den Inhalt seiner Verbindlichkeit nicht zu einer Zuwendung an den Schuldner, sondern nur zu dessen Befreiung verpflichtet. Indem er also Zahlung an den Gläubiger bewirkt, leistet er das, was er schuldet. Auf diesen allgemeinen Rechtsgrundsätzen, nach welchen der Liberationsanspruch des Vertreters gegen den Herrn vermöge seines Inhaltes,

1) l. 45 § 5 D. mand. 17. 1.
2) l. 45 § 2 eod.
l. 14 § 15 D. de rel. 11. 7.
l. 6 D. contr. tut. 27. 4.
3) l. 35 D. de neg. gest. 3. 5.

auch ohne dass eine actio de in rem verso utilis anerkannt worden wäre dem Gläubiger auf dem Wege der Reflexivwirkung zu Gute kommt, basiert die Versionsklage. Betrachten wir zunächst den Normalfall der actio de in rem verso. Dieselbe ist als eine Nebenklage der actio de peculio aufzufassen und stand im Pekuliarrechte dem Gläubiger des Gewaltunterworfenen dann zu Gebote, wenn sich im Pekulium ein auf Liberation gerichteter Naturalanspruch des Gewaltuntergebenen befand. Wenn der Sklave z. B. etwas für seinen Herrn gekauft, aber nicht gezahlt hat, so ist er eine Verbindlichkeit für seinen Herrn eingegangen, aus welcher er zwar selbst nach seiner Freilassung keiner Klage ausgesetzt ist, aber an ihm eine naturalis obligatio haftet. Er ist in ein Rechtverhältnis eingetreten, welches auf seine Kosten d. h. aus dem Pekulium beendet wird. Ist ein Haussohn in dieser Weise für seinen Vater eingetreten, so kommt ausser der Belastung des Pekuliums noch eine civilis obligatio hinzu. Der Gewaltunterworfene ist also hier Geschäftsführer (Mandatar oder negotiorum gestor) des Gewalthabers und als solcher hat er einen Naturalregress gegen denselben auf Befreiung von seiner Schuld. Dieser aber kommt, wie wir gesehen haben, den Gläubigern zu Gute und begründet die Versionsklage. Bei dieser Art der Construction der actio de in rem verso lässt sich dieselbe ohne die geringste Störung der zwischen den drei beteiligten Personen bestehenden Rechtsbeziehungen auf den Verkehr unter freien Personen ausdehnen. Die Versionsklage ergiebt sich hier analog aus den zwischen dem Herrn und dem Geschäftsführer bestehenden Verhältnisse; weil und soweit der Geschäftsführer einen Befreiungsanspruch gegen den Herrn hat, welcher Letzteren verpflichtet, dem Vertreter die Schuld abzunehmen und weil dieser Liberationsanspruch normaler Weise dem Gläubiger zu Gute kommt, darum erhält der Gläubiger das Recht, den Regress des Vertreters gegen

den Herrn zu eigenem Nutz und Frommen auszuüben. Der Herr dagegen ist durch seine Liberationsverpflichtung zu einer Zahlung an den Gläubiger dem Vertreter gegenüber berechtigt und verpflichtet; die Versionsklage hat nur den Zweck, dass diese Reflexivwirkung zu einem Rechte des Gläubigers erstarkt. Die Gefahr, welcher der Geschäftsherr ausgesetzt ist, nochmals an die Gläubiger des Geschäftsführers zahlen zu müssen, selbst wenn er letztern befriedigt hat, ist hierdurch ausgeschlossen, weil die Liberationsverpflichtung durch Leistung an denselben, als den liberationsberechtigten Schuldner erfüllt werden kann. Ebensowenig erscheinen auch die übrigen Gläubiger des Geschäftsführers durch unsere Versionsklage benachteiligt, denn der Liberationsanspruch ist nur dazu bestimmt, dem einen Gläubiger mit dessen Forderung er zusammenhängt, zu Gute zu kommen. Stellt daher der Geschäftsführer die Regressklage an, so bewirkt er zugleich mit seiner Entlastung auch die Befriedigung seines Gläubigers. Auch kann der Geschäftsführer die Liberationsforderung nur an den einen Gläubiger mit praktischem Erfolge cedieren, wie auch andererseits nur der Gläubiger dieselbe mit Erfolg pfänden kann. Gerät der Geschäftsführer in Concurs, so führt deshalb auch die Liberationsforderung auf dem Wege der Reflexivwirkung zu einer Begünstigung des einen Gläubigers vor den übrigen, und dies mit Recht, da der Liberationsanspruch seiner ganzen Struktur nach darauf angelegt ist zum Vorteil des einen Gläubigers zu dienen.

Die Ausdehnung der Versionsklage auf den Verkehr zwischen freien Personen erweist sich auch als Notwendigkeit. In den meisten Fällen wird ja das eigene Interesse des Geschäftsführers hinreichen, um ihn zur Durchführung seines Befreiungsanspruches zu veranlassen, und diese Erwägung mag auch wohl mit die Ursache gewesen sein, weshalb die Uebertragung der

Versionsklage erst im späteren Recht erfolgte. Es giebt jedoch Fälle, in denen dem Gläubiger nicht anders geholfen werden kann als durch Gewährung einer Klage gegen den Geschäftsherrn. Diese sind namentlich Insolvenz oder Unbelangbarkeit des Geschäftsführers wegen Abwesenheit oder aus andern Gründen. Hier wird durch Ausdehnung der Versionsklage auf die freien Personen einem dringenden Bedürfnisse abgeholfen.

Durch das bisher Gesagte ist zwar die Möglichkeit der auf einen Liberationsregress des Geschäftsführers gegen den Herrn beruhenden Versionsklage dargethan, es bleibt aber immerhin noch der Nachweis zu führen, dass die Uebertragung derselben auf den Verkehr freier Personen im römischen Recht stattgefunden hat. Die Stelle nun, in welcher die actio de in rem verso utilis ihre feste Stütze findet, und auf welche sich ihre Anhänger berufen, ist l. 7 § 3 C. quod cum eo 4. 26.

Alioquin si cum libero rem agente eius, cuius precibus meministi, contractum habuisti et eius personam elegisti pervides contra dominum nullam te habuisse actionem nisi vel in rem eius pecuniam processit vel hunc contractum ratum habuit.

Hier wird dem Gläubiger ausdrücklich eine Klage gegen den Geschäftsherrn, welcher seinem Mitcontrahenten regresspflichtig ist, gegeben, dasselbe Rechtsprinzip findet sich noch in einer Reihe von Quellenstellen ausgesprochn z. B. in l. 82 D. pro socio. 17. 2.

Jure societatis per socium aere alienò socius non obligatur nisi in communem arcam pecuniae versae sunt.

Durch diese Entscheidung wird dem Gläubiger insoweit geholfen, als der Geschäftsherr aus dem Contracte Vorteil gezogen hat und dem Geschäftsführer regresspflichtig ist.[1])

---

1) Andere Beweisstellen sind:

Die Quellen legen, wie wir sehen, der Annahme, dass die actio de in rem verso im späteren Rechte auf den Verkehr freier Personen übertragen wurde, kein Hindernis in den Weg. Wenn sie auch keine prinzipielle Äusserung über ihre Zulässigkeit und keinen technischen Namen für dieselbe enthalten, so bieten sie doch eine Reihe von Anhaltspunkten, aus denen die Gewährung derselben geschlossen werden muss. Das justinianische Recht ist eben hier, wie auch in manchen anderen Materien auf halbem Wege stehen geblieben, die weitere Ausbildung der actio de in rem verso utilis blieb dem gemeinen Recht vorbehalten.

Es erübrigt noch die Erfordernisse, den Umfang und Untergang der actio de in rem verso utilis zu besprechen. Zur Entstehung der Versionsklage ist erforderlich, dass die Voraussetzungen vorhanden sind, welche den Liberationsanspruch des Geschäftsführers gegen den Herrn begründen. Der Vertreter muss daher vor allem Geschäftsführer des Herrn sein. Die Geschäftsführung kann sich auf Mandat, Societät und ähnliche Vertretungsverhältnisse stützen, oder muss sich durch Genehmigung des Herrn, auch utilitas negotii rechtfertigen lassen. Nur auf Grund eines solchen Verhältnisses kann nämlich der Liberationsregress, aus welchem die Versionsklage hervorgeht, entstehen. Der Vertreter muss das Geschäft ferner von vorne herein im Interesse des Herrn abgeschlossen, d. h. er muss den animus negotia gerendi schon zur Zeit des Vertragsabschlusses gehabt haben. Hat der Vertreter die Werte zunächst für sich angeschafft und entschliesst er sich erst später, dieselben im Interesse des Herrn zu verwenden, so entsteht hierdurch

---

l. 1 C. si aliena res. 8. 15.
l. 27 D. de reb. cred. 12. 1.
l. 3 C. quando ex facto 5. 39.
l. 2. § 1. l. de iur. fur. 5. 70.
Vgl. v. Tuhr die actio de in rem verso S. 308—313.

zwar auch ein Anspruch auf Erstattung, dem es aber als obligatio dandi an einem Zusammenhange mit der Forderung des Gläubigers mangelt und der folglich der Versionsklage nicht zur Grundlage dienen kann. Dass dagegen der Gläubiger beim Contraktabschlusse das Gestionsverhältnis kannte und mit Rücksicht hierauf abschloss, ist nicht erforderlich. Dies ergiebt sich aus der Construktion der Versionsklage. Dieselbe entsteht aus den Beziehungen zwischen dem Geschäftsherrn und dem Geschäftsführer. Dem Gläubiger wird deshalb die Versionsklage gegeben, weil der Geschäftsführer gegen den Herrn einen Liberationsanspruch erworben hat, welcher lediglich vermöge seines Inhaltes, auch ohne dass eine solche Klage anerkannt worden wäre, dem Gläubiger auf dem Wege der Reflexivwirkung zu Gute kommen musste. Für dieses Verhältnis zwischen dem Herrn und dem Vertreter ist es aber gleichgültig, ob letzterer beim Abschlusse des Vertrages im Namen des Herrn gehandelt hat oder nicht. Es kann daher auch im letzteren Falle dem Gläubiger die Versionsklage nicht versagt werden. Endlich ist zur Entstehung der Versionsklage notwendig, dass der Herr das Produkt des Geschäftes verlangte, ohne dass er es von dem Vertreter durch ein besonderes Geschäft erwarb oder, dass er es ihm vergütete, da in diesem Fall kein Liberationsregress entsteht. Der Gläubiger hat hier auf das Forderungsrecht, welches der Vertreter dem Herrn gegenüber erwirbt, ebensowenig Anspruch, wie jeder andere Gläubiger des Vertreters. Nur auf Grund besonderer Geschäftsbestimmungen könnte ihm ein Privileg an dieser Fordernng gewährt, aus allgemeinen Grundsätzen kann ein solches nicht hergeleitet werden.

Was den Umfang der Versionsklage angeht, so ist die Maximalgrenze der Versionshaftung die Summe nebst Verzugszinsen etc., welche der Geschäftsführer seinem Gläubiger schuldet. Indessen fällt die Versionsschuld

des Herrn nicht notwendig mit dieser zusammen, es ist möglich, dass sie weniger beträgt, da der Regress des Vertreters nicht auf volle Befreiung gehen kann, weil das Geschäft inutiliter gestum war oder der Vertreter einen Vorschuss erhalten hatte. Die Beweispflicht des Versionsklägers wird demnach dahin gehen, zu beweisen, was er von dem Vertreter zu fordern hat und, dass dieser liberationsberechtigt ist. Die Einreden, welche dem Vertreter gegen den Gläubiger zustehen, kommen auch dem Herrn, als dem Versionsbeklagten, zu Gute.

Für den Untergang der Versionsklage sind folgende Grundsätze massgebend: Der Geschäftsherr hat zwei Gläubiger, den Geschäftsführer, welcher Befreiung von seiner Schuld, und den Gläubiger, der im Grunde dasselbe d. h. Zahlung der Schuldsumme verlangt. Der Herr braucht nur einmal zu leisten, er kann sich durch Befriedigung des einen oder andern befreien.

Wenn er den Versionsgläubiger durch Zahlung befriedigt, so hat er seine Versionspflicht gegenüber dem Vertreter erfüllt. Gewährt er dagegen dem Geschäftsführer Deckung, so wird hierdurch das Fundament der Versionsklage, der Liberationsregress, zerstört. Das was er dem Vertreter leistet, kommt indirekt auch dem Gläubiger desselben zu Gute, da hierdurch das Vermögen des Vertreters, seines Schuldners, vermehrt wird. Würde dagegen der Herr dem Vertreter Deckung gewähren, trotzdem ihm bekannt ist, dass dieselbe ihren Zweck nicht erfüllt, weil der Vertreter z. B. insolvent ist, so beginge er hiermit einen dolus gegen den Gläubiger und haftet demselben mit der actio doli, da der Vertreter nur Befreiung von seiner Schuld, nicht Zahlung verlangen kann. Auch ist der Versionsbeklagte berechtigt sich dem Kläger gegenüber auf Gegenforderungen, welche den Befreiungsanspruche des Geschäftsführers in kompensabler Weise entgegenstehen, zu berufen.

§ 7.

Es fragt sich nun, inwieweit der Principal aus den Verträgen seines magister navis bezw. institor berechtigt wurde. Für diese Frage ist es gleichgültig, ob der Vertreter in eigenem oder fremdem Namen gehandelt hat, da die Einführung der adjecticischen Klagen an dem Satze des alten Civilrechtes, dass niemand ausser den Gewaltunterworfenen durch seine Vorträge unmittelbar für einen dritten Rechte begründen könne, nichts geändert hatte. Daher wurde nur in dem Falle, wenn der Institor Sklave oder Haussohn des Principals war, diesem die Klage infolge des Gewaltverhältnisses erworben. War das nicht der Fall, so wurde aus dem Geschäfte principiell nur der Institor berechtigt, der Principal erlangte erst durch Cession die Klage[1]). Infolgedessen war der Institor auch allein berechtigt über das Forderungsrecht als Gläubiger dem dritten Contrahenten gegenüber zu verfügen. Will der Principal in bestimmter Weise über das Forderungsrecht verfügt wissen, so kann er dies nur dadurch erreichen, dass er den Institor wegen der von ihm verlangten Handlung mit der actio mandati in Anspruch nimmt[2]). Eine unmittelbare Einwirkung auf das Forderungsrecht gegen den dritten Contrahenten stand dem Principal nicht zu. Es bestand somit ein starker Unterschied in der Behandlung der Rechte und Verbindlichkeiten des Principals. Einerseits wurde er aus dem Vertrage seines Institors verpflichtet, und war infolgedessen unmittelbar einer Klage des dritten Contrahenten ausgesetzt, andererseits stand ihm keine Klage gegen letzteren zu, da ja nur der Institor aus dem Geschäfte berechtigt wurde. In etwa wurde diese Härte allerdings gemildert, da der Principal von seinem

1) Beim Darlehen und in einzelnen Fällen beim Pfandrecht und Konstitum hatte, wie früher schon erwähnt, der Vertrag direkte Wirkung für den Vertretenen.

2) l. 10 § 6 D. mand. 17. 1.

Institor oder dem Gewalthaber desselben, falls der Institor in der Gewalt eines anderen stand, Abtretung der infolge der Geschäftsführung erworbenen Forderungsrechte [1]) und Herausgabe allen Gewinnes [2]) verlangen konnte. Nur für gewisse Fälle sah das römische Recht von der Notwendigkeit der Cession ab und gab dem Principal ohne weitere Voraussetzung eine actio utilis gegen den dritten Contrahenten. Von diesen Fällen wollen wir nun einen, der für uns von Interesse ist, anführen. Während l. 1 § 17 D. de exercit. act. 14. 1 den exercitor, der aus dem von seinem magister navis geschlossenen Contrakte klagen will, ausdrücklich auf den Weg der Cession verweist, wird am Schlusse des § 18 l. c. dagegen gesagt: Solent plane praefecti propter ministerium anonae item in provinciis praesides provinciarum extra ordinem eos adiuvare ex contractu magistrorum.

Die Stelle ist jedoch kaum, wie Buchka l. c. D. 54 f. annimmt, von der actio exercitoria schechthin zu verstehen, sondern bildet eine Ausnahme zu Gunsten des Getreidehandels, wie ja auch ausdrücklich gesagt wird: propter ministerium anonae.

Im übrigen wurde die actio utilis nur aus dringenden Gründen causa cognita von dem Prätor erteilt [3]) und zwar aus den Contrakten des Institors [4]) und aus den von dem procurator [5]) abgeschlossenen ausserprocess-

1) l. 1 D. de inst. act. 14. 3.
l. 1. § 18 D. de exerc. act. 14. 1.
l. 5 pr. eod.
2) l. 10. § 8; l. 20 pr. D. mand. 17. 1.
l. 7 C. si quis alteri 4. 50.
l. 46. § 4 D. de proc. et deb. 3. 3.
3) l. 5 D. de praet. stip. 46. 5: causa cognita.
l. 18. § 16 D. damn. inf. 39. 2: causa cognita.
4) l. 1, 2 D. de inst. act. 14. 3.
l. 5 D. de praet. stip. 46. 5.
5) l. 5 cit.
l. 18. § 16 cit.

ualischen Stipulationen. Als solcher Grund wird zunächst in l. 5 D. de praet. stip. 46. 5. und l. 88 D. de solut. 46. 3 der Concurs des Vertreters bezeichnet. In diesem Falle lag insofern eine dringende Notwendigkeit zu einer ausserordentlichen Hülfe durch den Prätor vor, als bei der venditio bonorum mit dem ganzen sonstigen Vermögen des Vertreters auch die Forderungsrechte, deren Abtretung der Principal zu fordern berechtigt war, auf den bonorum emptor übergingen, daher: succurrere enim domino praetor debet (l. 5 D. cit.).

Aber auch in anderen Fällen, sofern nur ein Notfall vorlag, gewährte der Prätor dem Principal die actio utilis, mit Rücksicht hierauf drückt sich l. 2 D. de inst. act. 14. 8 allgemein dahin aus: si modo aliter rem servare non potest. Bestritten ist jedoch, ob auch in diesen Fällen der Institor im Namen des Principals gehandelt haben musste oder nicht. Während Curtius (l. c. S. 76) es in keinem der angeführten Fälle für erforderlich erachtet, stellen Thöl (l. c. S. 257) und Zimmermann (l. c. S. 117 f) dieses Requisit ausdrücklich auf, letzterer nimmt allerdings zwei nicht hierher gehörige Fälle aus. Für die Fälle, in welchen das römische Recht ohne weitere Voraussetzung dem dominus eine actio utilis erteilte, war unseres Erachtens, ausgenommen die beiden von Zimmermann angeführten Fälle, ein Handeln des Vertreters im Namen des Principals erforderlich, ebenso wird auch in den übrigen die actio utilis durch den Prätor nur unter derselben Voraussetzung verliehen, unter welcher die actio exercitoria und institoria eingeräumt wurden.

Der im vorherigen vertretenen Ansicht steht anscheinend entgegen l. 13 § 28 D. de act. emt. vend. 19. 1,[1]) in

1) Et Papinianus libro tertio responsorum putat, cum domino exempto agi posse utili actione ad exemplum institoriae actionis, si modo rem vendendam mandavit: ergo et per contrarium dicendum est utilem ex empto actionem domino competere.

welcher Ulpian einen Ausspruch Papinians berichtet, der dahingeht, dass man, da nach Analogie der actio institoria eine actio utilis gegen den dominus gegeben worden sei, auch billigerweise umgekehrt, dem dominus eine solche einräumen müsse. Dass das jedoch nicht die wahre Absicht des römischen Juristen gewesen sein kann, ergiebt sich aus einem Vergleiche mit den übrigen Aussprüchen, welche die Quellen über diese Frage enthalten. Zunächst wird in einer ganzen Anzahl von Stellen der Principal ausdrücklich auf den Weg der Cession hingewiesen,[1]) was ja bei Einführung der actio utilis überflüssig gewesen wäre; dann aber wird in l. 49 § 2 D. de adqu. vel. am. poss. 41. 2 und l. 68 D. de proc. 3. 3, welche beide von Papinian, der in l. 13 cit. das Gegenteil gesagt haben soll, herrühren, ausdrücklich der Grundsatz ausgesprochen, dass der Herr wieder den Willen des Prokurators die dem letzteren erworbene Klage nicht anstellen könne. Unter den verschiedenen Versuchen l. 13. cit. mit den übrigen Quellenstellen in Einklang zu bringen, erscheint der von Buchka l. c. S. 53, welcher ursprünglich von Mühlenbruch, Cession, S. 145 ff, ausgeht, der Befriedigenste. Nach ihm will Papinian dem dominus die actio utilis nur unter derselben Voraussetzung einräumen, auf welche nach l. 2 D. de inst. act. 14. 3 die Klage des Principals aus dem Vertrage seines Institors beschränkt ist: si aliter rem servare non potest.

Eine andere Erklärung unserer Stelle, welche mindenstens ebenso zufriedenstellend wie die erwähnte ist, hat Ihering, gesammelte Aufsätze II, S. 416 ff., gegeben. Er bezieht die Schlussworte der l. 13, § 25 cit.

---

1) l. 8. § ult., l. 10 § 6. l. 43, l. 45 pr. l. 59 pr. D. mand. 17. 1.
l. 1. § 11 D. dep. 16. 3.
l. 11. § 6, 7 D. de pign. act. 13. 7.
l. 7 C. si quis alt. 4. 50.

auf eine von dem Principal zu erhebende Widerklage. Wird der Principal von dem dritten Contrahenten mit der actio emti belangt, so kann er seinerseits auch umgekehrt (per contrarium dicendum est) gegen ihn die actio venditi anhängig machen.

Ruhstrat hat neuerdings eine besondere Ansicht, welche für die vorliegende Abhandlung von Interesse ist, betreffs der actio negotiorum gestorum der l. 30 (31) pr. D. de neg. gest. 3. 5 aufgestellt (die actio negotiorum gestorum des dritten Contrahenten, Jahrbuch für Dogmatik Bd. 26 und 27). Er sieht in der in dieser Stelle gegebenen Klage eine eigentliche actio negotiorum gestorum, welche aus einem Verzicht des dritten Contrahenten auf sein Forderungsrecht gegen den Geschäftsführer entstanden sei. Durch diesen Verzicht sei auch der Geschäftsherr von dem Forderungsrecht des Geschäftsführers befreit worden. Auf einen gleichen Verzicht führte er die actio negotiorum gestorum der l. 6 § 1 (l. 5 § 3) D. de neg. gest. 3. 5 und die Entscheidung der l. 5 § 1 i. f. D. quando ex facto tut. 26, 9 zurück. Diese Klage dehnt er in seiner Abhandlung in der Zeitschrift der Savigny-Stiftung Bd. 10. 3 Heft, S. 323 ff. auf die römischen Handlungsbevollmächtigten aus, unter denen er nicht die Institoren, sondern gewaltfreie Personen, die zum Betriebe eines Gewerbes als Prokuratoren bestellt waren, versteht. Auf solche Prokuratoren seien auch l. 19 pr. D. de inst. act., act. 14. 3. ferner l. 13 pr., l. 16 und l. 19 § l. eod. zu beziehen. Wir geben die Ansicht Ruhstrat's am besten mit seinen eigen Worten wieder:

Wenn der Prokurator mit dem Dritten bei der Contraktschliessung darin einig ist, dass vollmachtsgemäss, also lediglich wegen des Machtgebers und in dessen Interesse contrahiert wurde, so müssen sie vernunftgemäss den Willen haben, dass die in der Person des Prokurators entstehenden Verbindlichkeiten nur von dem

Principal erfüllt werden sollten. Diese Verabredung der contemplatio enthält demnach den Verzicht des Dritten auf die Contraktsklage, und da der Verzicht contemplatione domini erfolgte, so lag damit eine negotiorum gestio des dritten Contrahenten vor, die ebenso wie die ganze contemplatione domini erfolgte Contraktschliessung als genehmigt zu betrachten war. Papinian gab hier darum eine actio negotiorum gestorum contraria, der er, weil sie aus einer genehmigten negotiorum gestio hervorging, mit Recht die vollen Wirkungen der actio institoria beilegte und die er mit dem Namen actio negotiorum gestorum quasi institoria oder auch actio negotiorum gestorum ad exemplum institoriae actionis bezeichnete, weil sie ebenso wie die actio institoria auf der Vollmacht beruhte. Zugleich gab Papinian dem Principal die von dem Vertreter gegen den Dritten begründete Contraktsklage als utilis actio, was ihm aus dem Grunde nicht bedenklich erscheinen konnte, weil der Prokurator durch die Vereinbarung der contemplatio domini von der Contraktsklage des Dritten befreit war. Papinian gelangte also nach Ruhstrats Ansicht dadurch, dass er die Contraktschliessungen dieser Prokuratoren nicht den prätorischen Bestimmungen, sondern den abgesehen davon geltenden Vorschriften unterstellte, dahin, dass der Prokurator, welcher contemplatione domini mit einem Dritten contrahiert hatte, nicht in der Haft verblieb, dass der Principal sofortige Berechtigung in Ansehung der von dem Prokurator begründeten Rechtsmittel erhielt und endlich, dass die Contraktschliessung nicht im Namen, sondern nur im Interesse des Principals erfolgt zu sein brauchte.

Wenn man auch zugeben muss, dass die juristische Construktion dieser nach Ruhstrat von Papinian eingeführten Klage möglich erscheint, so muss doch bezweifelt werden, dass diese Klage wirklich in den dafür angeführten Quellenstellen enthalten ist.

Als Resultat der vorstehenden Ausführungen ergiebt sich, dass das römische Recht stets an dem strengen Grundsatze des alten Civilrechts von der Unzulässigkeit der Stellvertretung principiell festhielt und dieselbe nie zu allgemeiner Anerkennung gelangte[1]), wenn auch im neuern römischen und justinanischen Recht, wo das praktische Bedürfnis dies erforderte, das Princip des alten Civilrechts durch mannigfache Ausnahmen modificiert und die Anwendbarkeit desselben auf ein immer engeres Gebiet beschränkt wurde. In allen diesen Ausnahmefällen wurde aber, wenigstens nach der hier vertretenen Ansicht, der Principal nur dann unmittelbar verpflichtet, wenn der Vertreter im Namen desselben handelte.

Der Einführung der Stellvertretung standen in Rom Recht und Sitte entgegen, ersteres vermöge des strengen Festhaltens an dem Wesen der Obligation, letztere, da die in grösster Ausdehnung ausgeübte Geschäftsthätigkeit der hausunterthänigen Personen der freien Stellvertretung keinen Raum liess. Besonders die Sklaven hatten, während die Haussöhne allmählich eine freiere Stellung erlangten, die Fähigkeit, ihre Herrn im gesamten Rechtsverkehr mit voller Wirkung zu vertreten, und die römische Sitte machte von dieser Fähigkeit den ausgiebigsten Gebrauch, so dass es schliesslich zum guten Ton gehörte, die persönliche Abschliessung von

---

1) Anderer Ansicht ist Savigny (System III S 967, Oblig, II S. 40 ff.), der annimmt, das im neuern römischen Recht, wenn auch nicht bei formellen, so doch bei formlosen Rechtsgeschäften freie Stellvertretung anerkannt worden sei. Er beruft sich hierfür auf l. 53 D. de adqu. r. d. 41. 1. Allein in dieser Stelle wird nicht formeller und formloser Erwerb, sondern Rechts- und Besitzerwerb in Gegensatz gestellt. Vgl. Ruhstrat, Savigny's Lehre von der Stellvertretung S. 1 fl. Windscheid Pand. I. § 73, Nr, 14. Für die hier vertretene Ansicht sprechen ausdrücklich:

l. 6 C. si quis alteri 4. 50.

l. 11 D. de O. et A. 44. 7.

Verträgen zu vermeiden, und dieselbe den Sklaven zu überlassen[1]). Auch sorgte Justinian selbst durch neue Bestimmungen, wie in l. 14 b. de contrah. stip. 8. 38, dafür dass die Institution der Vertretung durch die Sklaven den neuern Zeitverhältnissen angepasst wurde und sich so in den Gebieten, in welchen sie noch Geltung hatte, behaupten konnte.

§ 8.

Während das römische Recht niemals zur Erfassung des reinen Gedankens der Stellvertretung durchdrang, hat unbestreitbares deutsches Gewohnheitsrecht in principieller Emancipation vom römischen Rechte die Möglichkeit der Stellvertretung allgemein anerkannt[2]). Nach diesem deutschen Gewohnheitsrechte bildet die Zulässigkeit der Stellvertretung bei Eingehung von Rechtsgeschäften die Regel, d. h. man kann regelmässig Rechtsgeschäfte durch einen Vertreter in der Weise abschliessen, dass dieser Vertreter seinen eignen Willen im Namen oder an Stelle des Principals erklärt. Es ist nicht mehr notwendig, wie im römischen Recht, dass der Vertreter das Geschäft auf seinen eignen Namen stellt, sondern er kann es unmittelbar auf den des Principals stellen. Aus diesem Principe folgt, dass jeder, der eine Person zum Abschlusse eines Rechtsgeschäftes bevollmächtigt hat, von dem Contrahenten des Vertreters stets und direkt mit der Klage aus dem Kontrakte auf Leistung des vom Vertreter Versprochenen belangt werden kann

1) l. 5 § 4 D. de auct. et cons. 26. 8.

2) Buchka, l. cf 2. Abschn.
Savigny, System III. § 113.
Ihering, Jahrb. f. Dogmat. I. S. 273 ff.
Ruhstrat, Archiv für civ. Praxis XXX. S. 340.
Windscheid, Pand. I. § 73.
Brinz, Krit. Blätter II. Pand. §§ 367, 371.
Laband, l. c. Nr. 4.

unter der Voraussetzung allerdings, dass der Vertreter in den Grenzen und mit Rücksicht auf seine Vollmacht, gehandelt hat. Es ist mithin nicht mehr erforderlich, dass das positive Recht dem Dritten einen besonderen Klageanspruch gegen den Principal für den speciellen Fall der Bevollmächtigung gebe. Ferner folgt, dass Rechte und Verbindlichkeiten aus dem Vertrage des Vertreters gar nicht mehr diesem, sondern lediglich dem Principal zugerechnet werden; den Stellvertreter treffen daher, wenn er als solcher und innerhalb der Grenzen seiner Vollmacht handelt, die Wirkungen des Geschäfts gar nicht. Er erwirbt dem Dritten gegenüber weder Rechte noch Verbindlichkeiten. Wie dies praktische Resultat juristisch zu construieren ist, ob der Principal als Selbstcontrahent anzusehen ist, oder ob man, um zu diesem Ergebnis zu gelangen, eine Fiktion zu Hülfe nehmen muss, kann hier nicht näher untersucht werden, da es zu weit führen würde[1]). Wir verweisen auf das in § 2 Gesagte.

Soviel steht aber fest, dass die Rechtsveränderung sich nur auf den Fall bezieht, in dem der Vertreter im Namen des Principals contrahiert hat, nicht auf den, wo er in eignem Namen handelte. In diesem Falle ist der Grundsatz des römischen Rechts, dass Verträge nur zwischen den Paciscenten wirken, in Geltung geblieben. Und dies mit Recht, denn aus der Natur der Sache ergiebt sich als Regel, dass die rechtlichen Wirkungen einer Handlung auf die Person desjenigen zu beziehen sind, welche dieselbe thatsächlich vollzogen hat und dieselbe daher auch als die allein berechtigte und verpflichtete anzusehen ist. Wie der in eignem Namen handelnde Vertreter sich dem andern Contrahenten allein als den, welcher den Contrakt abschliesst, vorstellt, so

1) Eine Uebersicht über die Theorien der Stellvertretung giebt Hellmann, Stellvertretung in Rechtsgeschäften S. 3 ff.

steht er demselben auch als der allein aus dem Vertrage berechtigte resp. Verpflichtete gegenüber, der auf das entgegengesetzte Resultat gerichtete Wille des Vertreters kann nur dadurch verwirklicht werden, dass derselbe bei Eingehung des Vertrages zur Kenntnis des Mitcontrahenten gelangt und von diesem acceptiert wird. „Geschieht dies nicht, schliesst also der Vertreter in eignem Namen, wenn auch für fremde Rechnung ab, so verpflichtet sich der andere Contrahent ihm gegenüber, giebt ihm Credit, hat ihn als Gegenpart im Auge. Mit demjenigen, für dessen Rechnung das Geschäft geschäft geschlossen wird, steht der andere Contrahent in gar keinem juristischen Nexus. Auch wenn er weiss, dass sein Mitcontrahent für Rechnung eines Dritten contrahiert, so ist dies eine ganz unerhebliche Kenntnis des Motiv's, welches den Mitcontrahenten leitet. Will er sich an den Dritten halten, soll der Dritte ihm gegenüber berechtigt werden, so steht ihm heutzutage der Weg wirklicher Stellvertretung offen. In diesem Falle muss der Vertrag im Namen des Dritten abgeschlossen werden. Haben dies die Parteien nicht gethan, so haben sie diese Rechtswirkung nicht gewollt und diese Rechtswirkung tritt daher auch in diesem Falle auch nicht ein.“[1]).

Der Principal erhält daher in diesem Falle weder ein unmittelbares noch ein mittelbares Klagerecht gegen den dritten Contrahenten gleich wie auch der letztere weder direkt noch indirekt (auf Grund fingierter Cession) gegen den ersteren klagen kann.

Gleichwohl steht der Meinung einiger Schriftsteller[2]) der hier vertretenen Ansicht entgegen, welche dem Unterschiede, ob der Vertreter im Namen des Principals

1) Laband, l. c. S. 196 ff.

2) v. Savigny, Obligat. R. II. S. 62.
Puchta, Pandekt. § 275.
Sintenis, gem. Civilrecht II. § 102 Nr. 20.

oder im eignen das Rechtsgeschäft abgeschlossen hat, keine Bedeutung beimessen und auch im letzteren Falle sowohl dem Principal eine actio utilis auf Grund fingierter Cession, sowie dem dritten Contrahenten eine actio utilis nach Analogie der institorischen Klage ebenfalls auf Grund fingierter Cession einräumen. Sie stützen ihre Lehre auf den angeblichen Grundsatz des römischen Rechts, dass derjenige, welcher die Cession einer Klage von einem andern verlangen könne, auch ohne besondere Cession diese Klage anstatt des andern zu erheben berechtigt sei.[1]) Diese Meinung findet jedoch in den dafür angeführten Stellen des römischen Rechts keine Unterstützung, welches, wenn es auch in einigen wenigen Fällen eine derartige Klage eingeräumt, in solcher Allgemeinheit diesen Satz nicht aufgestellt hat[2]). Ebensowenig gebietet auch die Rücksicht auf das praktische Bedürfnis des Verkehrs die Gewährung solcher Klagen, im Gegenteil stehen derselben Bedenken der schwerwiegendsten Art entgegen, da die Rechtssicherheit des Verkehrs eine stete Gewissheit über die Person des Gläubigers verlangt, welche durch die Einführung dieser Klagen auf das empfindlichste gestört würde. Zwar sind der gegnerischen Ansicht selbst einzelne oberste Gerichtshöfe beigetreten[3]), doch hat dieselbe ebenso-

1) Savigny, Oblig. I, S. 243 ff.
Puchta. Pandekten § 281.
— kleine civil. Schriften S. 463 ff.

2) Vergl. Zaun, Archiv für praktische Rechtswissenschaft N. F. I S. 11.
Schmidt, Grundlehren der Cession I, S. 189.
Bähr, Jahrb. für Dogmat. I. S. 400.
Windscheid, die actio des römischen Civilrechtes S. 194 ff.
Zimmermann, Linde's Zeitschr. f. Civilrecht und Process. N. F. XV. S. 102 ff.

3) Seuffert's Archiv X No. 159. Entscheidungen der O. A. G. zu Darmstadt.
Zaun l. c. S 11 Nr. 1. S. 15 Nr. 8.

wenig wie im römischen Recht auch in der modernen Rechtsentwicklung durch die Praxis der früheren oder neueren Zeit eine gewohnheitsrechtliche Geltung erlangt, vielmehr ist dieselbe stets einer entschiedenen Opposition begegnet.

Wenn Savigny l. c. S. 64 und Puchta l. c. § 275 N. e für die actio utilis des Principals sich ausserdem noch auf l. 13, § 25 D. de act. emt. vend. 19. 1 berufen, so haben wir schon früher gezeigt, dass dieselbe sich in dieser Auffassung nicht mit den übrigen Stellen der Quellen, aus denen das Gegenteil hervorgeht, in Einklang bringen lässt.

Dagegen hat das gemeine Recht an die Lehre von der actio de in rem verso utilis, welche wie wir gesehen haben, im römischen Recht nicht zu völliger Entwickelung gekommen ist, angeknüpft und sie weiter fortgebildet. Nach einer früheren in der gemeinrechtlichen Literatur vertretenen Ansicht, welche auch in verschiedene Partikulargesetzgebungen Eingang gefunden hat, fand diese Klage ganz allgemein statt, sobald jemand durch die Handlung eines andern aus dem Vermögen eines Dritten bereichert erschien, so dass die Bauhandwerker und Materiallieferanten, welche mit dem Bauunternehmer contrahiert und infolgedessen geleistet hatten, gegen den spätern Erwerber des Hauses mit mit der actio de in rem verso klagen konnten. Gegen diese Theorie, welche dem römischen Recht gänzlich fremd ist, hat sich in neuerer Zeit eine Reaktion geltend gemacht, welche dazu geführt hat, die Existenz der actio de in rem verso utilis überhaupt zu leugnen oder das Anwendungsgebiet derselben in ungemessener Weise zu beschränken. Diese Erscheinung, welche ihre Erklärung in dem Bestreben der ungerechtfertigten Ausdehnung der Versionsklage entgegenzutreten, findet, geht über das richtige Mass hinaus. Die auf den Liberationsanspruch des Vertreters gegründete Versions-

klage ist unter den früher angegebenen Voraussetzungen heute noch praktisch. Die Gegner unserer Ansicht bestreiten, dass in l. 7, § 3 C. quod cum eo 4. 26 eine actio de in rem verso gegeben sei und suchen die Stelle durch künstliche Umdeutungen, zu welchen kein Grund ersichtlich ist, auszulegen[1]).

§ 9.

Zweifellos sind durch die Ausbildung, welche die Stellvertretung im heutigen Recht erhalten hat, die dargestellten Regeln über die actio exercitoria und institoria einer Veränderung unterworfen worden. Diese Frage ist hier von Wichtigkeit, da eine Anzahl Schriftsteller[2]) die actio institoria noch heute in den Fällen für praktisch hält, wo der Institor in eigenem Namen, aber mit Bezugnahme auf den Principal contrahiert. Es erübrigt daher noch zu untersuchen, wie weit diese Modification geht bezw., ob die genannten Klagen im heutigen Recht überhaupt noch Anspruch auf Geltung machen können. Bei der Beantwortung dieser Frage kommt es wohl hauptsächlich darauf an, ob die Klagen für die Fälle der Stellvertretung oder die Fälle des Ersatzmannes berechnet waren. War letzteres der Fall, so müssen diese Klagen auch noch im heutigen Recht unbestritten zur Anwendung kommen, da die Beurteilung der vom Ersatzmann abgeschlossenen Rechtsgeschäfte das römische Recht vollkommen in Geltung geblieben ist. Wie aber früher nachgewiesen ist, wurden die actio exercitoria und institoria nur in dem Falle,

---

1) Die Ansichten desselben sind angeführt und eingehend widerlegt bei Tuhr l. c. S. 298–307.

2) Windscheid, Pand. II. § 482 An. 14.
Sintenis. l. c. S. 370, 362 in der Anm. 15, § 102.
Hellmann, l. c. S. 94.
Zaun, l. c. S. 40 f.

dass die Mittelsperson als Stellvertreter handelte, eingeräumt und deshalb ist nach dem Grundsatze der heutigen Stellvertretung die Entscheidung von selbst gegeben: die Klagen sind als antiquiert zu betrachten, wenn auch die römischen Grundsätze über den Umfang der Vollmacht des magister navis und institor noch im heutigen Rechte für die Frage massgebend sind, inwieweit der Vertreter den Principal durch seine Geschäfte verbindet. Handelt der Institor im Namen des Principals, so wird nur dieser, der Institor gar nicht verpflichtet, da die Wirkungen der freien Stellvertretung eintreten. Letzterer hört überhaupt auf ein Institor im Wortsinne des römischen Rechts zu sein, er hat durchaus die Rolle eines andern Stellvertreters. Handelt dagegen der Institor auf eignen Namen, so haftet er heute, wie nach römischem Recht allein, der Principal bleibt von der Wirkung des Geschäfts unberührt[1]).

Was nun die eingangs erwähnte Ansicht angeht, nach welcher diese Klagen noch heutzutage, wenn der Vertreter in eigenem Namen aber mit Bezugnahme auf den Principal handelt, anwendbar sein sollen, so ist hiergegen zu bemerken, dass in diesem Falle entweder nur der Principal oder nur der Vertreter haftet. Diese Art des Contrahierens kann nur die Form sein, in welche sich die Erklärung als Stellvertreter handeln zu wollen kleidet. Denn, wie wir gesehen haben, ist die Frage, ob in eigenem oder fremdem Namen contrahiert wurde, nicht nach dem Gebrauch bestimmter Ausdrücke zu entscheiden, sondern die Erklärung des Stellvertreterwillens kann auch in einem Hinweise auf den Principal,

1) Derselben Ansicht sind:
Thöl, l. c. § 75 III.
Laband, l. c. S. 196 ff.
Zimmermann. l. c. S. 124 ff.
Mitteis, l. c. S. 308 f.
Dernburg, Pand. II. S. 36. Anm. 13.

dem Gebrauch der Firma und in andern Ausdrücken liegen, wenn nur der Wille der Partei, dass der Principal berechtigt resp. verpflichtet werden soll, erklärt ist. Dieser Fall wird aber dann namentlich eintreten, wenn der Vertreter, wie im vorliegenden Thema angenommen, in einem dauernden Rechtsverhältnisse zu dem Vertreten steht. Es ist alsdann nur erforderlich, dass der Stellvertreter, in dieser Eigenschaft, welche jenem Rechtsverhältnisse entspricht, gehandelt hat. Steht überhaupt einmal fest, dass der Stellvertreter offenbar als solcher handeln wollte, so kommt es nicht weiter darauf an, ob er das Geschäft dem Ausdruck nach auf seinen oder des Principals Namen stellte, da es ja sicher ist, dass er letztern verpflichten wollte. In diesem Falle haftet der Principal allein.

Die Bezugnahme auf den Geschäftsherrn enthält aber nicht notwendig die Erklärung des Stellvertreterwillens, sie kann vielmehr blos eine zufällige Mitteilung an den dritten Contrahenten sein. Der Vertreter will nur sich selbst verpflichten, die Erwähnung des Principals ist nur eine juristisch gleichgültige Aeusserung, welche aus irgend einem Beweggrunde beiläufig gemacht wird und an dem Willen der Parteien, dass allein der Vertreter verpflichtet werden soll, nichts ändert. Hier wird nur der Vertreter verpflichtet.

Der Ausdruck „Contrahieren in eigenem Namen mit Bezugnahme auf den Principal" ist als doppelsinnig nur mit Vorsicht zu gebrauchen. In solchen Zweifelsfällen, wenn ein Vertrag abgeschlossen ist, ohne dass der Vertreter ausdrücklich oder stillschweigend sich als solcher dargestellt hat, wird man am besten die Auffassung zu Grunde legen, dass der Vertreter sich selbst habe verpflichten wollen. Diese Auffassung ist insofern gerechtfertigt, als sich aus der Natur der Sache ergiebt, dass die faktisch als handelnd auftretende Person auch in rechtlicher Beziehung als handelnd anzusehen ist.

Die blosse Existenz eines Vertreterverhältnisses genügt keineswegs, um den Vertrag des Vertreters dem andern Contrahenten gegenüber die Bedeutung eines im Namen des Principals eingegangenen Rechtsgeschäftes zu geben.[1])

Brinz (Pand. 2. Aufl. IV § 531 S. 372) hält die actio institoria und exercitoria dann noch für anwendbar, wenn der Principal selbst keine Stellvertretung will und darum nur ein Mandat zur Geschäftsführung in eignem Namen des Vertreters ausstellt, also spontan hervorbringt, was nach römischem Recht notwenig der Fall war und zur Aufstellung dieser Klagen führte: Hier könnte nach seiner Meinung letzere nach innerlich wie äusserlich begründet sein. Wenn das soviel bedeuten soll, dass der Principal nur Vollmacht zur Geschäftsführung in eigenem Namen erteilt habe, so ist nach den Grundsätzen der heutigen Stellvertretung eine Verpflichtung des Principals ausgeschlossen. Aber selbst wenn auch beim Abschluss des Rechtsgeschäftes auf den Principal hingewiesen wird, so ist dieser Hinweis von keiner Bedeutung, da ja der Principal selbst keine Stellvertretung will und eine Verpflichtung desselben auf andere Weise nicht möglich ist.

Eine Doppelhaftung des Principals und des Vertreters ist heute nur mehr in der Weise denkbar, dass letzterer den Hauptvertrag im Namen des Prinzipals abschliesst und dann durch eine weitere Erklärung, durch

---

1) Laband. l. c. S. 214 ist der Ansicht, dass eine Präsumption dafür bestehe, dass jeder Contrahent in eignem Namen gehandelt habe. Aehnlich Curtius l. c. S. 77, welcher annimmt, dass derjenige, welcher in fremdem Namen contrahiert zu haben behauptet, einen selbständigen Grund dafür angeben und beweisen müsse. Anders das Reichsgericht III. Nr. 38 S. 122, welches ausführt, dass ein Vertrag unmittelbar oder durch Stellvertreter abgeschlossen werden könne, weder für das eine noch das andere spreche eine Vermutung oder ein begreiflicher Grund. Der Kläger müsse also, wenn der Gegner behauptet, als Stellvertreter abgeschlossen zu haben, substanziieren und beweisen, dass der Beklagte Vertragssubject sei.

Uebernahme der Bürgschaft oder der Korrealschuld in in das bestehende Obligationsverhältnis eintritt, oder auch in der Weise, dass er den Hauptvertrag im Namen des Principals abschliesst und dann namens des Principals sich verbürgt. Die Verpflichtung des Vertreters beruht aber hier auf ganz anderen rechtlichen Gesichtspunkten wie die des magister navis und institor im römischen Recht, sie basiert auf einem besonderen selbständigen Obligationsgrund und ist unabhängig von seiner Eigenschaft als Stellvertreter und deshalb wie jede von einem beliebigen dritten übernommenen Correalschuld zu beurteilen.

Eng mit der erörterten Frage hängt die zusammen, ob die actiones utiles, welche das römische Recht dem Principal gegen den dritten Contrahenten gewährte, noch heute praktisch sind. Nach den vorhin von uns aufgestellten Grundsätzen sind die actiones utiles, welche ein Handeln des Vertreters im Namen des Principals voraussetzten, heute antiquiert, diejenigen dagegen, welche welche dem Principal auch dann gewährt wurden, wenn der Vertreter in eigenem Namen gehandelt hatte, sind heute noch in Geltung, soweit sie überhaupt noch für das heutige Recht von Bedeutung sind.

§ 10.

Sowohl die ältere wie die neuere Doktrin haben sich grösstenteils für die in den vorigen Abschnitten vertretene Ansicht erklärt.

So Voet, com. ad P. XVII 1. No. 9. — quas (actiones) tamen nostris moribus cedi haud opus, quoties mandatarium non suo sed mandantis nomine contraxisse expressum est. Sane si suo nomine procurator contraxerit, cessionem actionis fieri necesse est.

Christ. de Wolff inst. iur. nat. et gent. § 553. si solo mandato arcano instructus cum altero agis, cum is ignoret te alieno nomine cum ipso agere, proprio nomine

eidem obligans, tu vero ius tuum mandanti cedere potes etiam invito altero[1]).

Von neueren Schriftstellern sind zu nennen Thibaut, Pandekten Ausgab. 8, § 529. Gensler, Archiv für civilistische Praxis I, S. 393 ff.

Mühlenbruch, Pandekten § 131.

Mühlenbruch, Cession S. 147, No. 296 und andere.[2])

Mit der Doktrin stimmen denn auch die wichtigsten neueren Gesetzgebungen überein, auf welche ebenfalls noch ein kurzer Blick geworfen werden soll.

Das allgemeine preussische Landrecht Teil I, Tit. 13 § 153 bestimmt:

Wer mit einem Bevollmächtigten contrahiert, muss sich wegen Erfüllung des Vertrages in der Regel an den Machtgeber halten.

§ 154: Hat der Bevollmächtigte bloss in seinem eignen Namen contrahiert, so kann der andere nur von ihm die Erfüllung fordern.

Das bürgerliche Gesetzbuch für das Königreich Sachsen stellt den Grundsatz auf, Verträge, welche ein Stellvertreter für den von ihm Vertretenen auf eigenen Namen abschliesst, begründen an sich nur Forderungen für und gegen seine Person und es braucht derjenige, mit welchem der Vertrag geschlossen worden ist, sich den Eintritt der Vertretenen in die zwischen ihm und dem Stellvertreter bestehende Forderung nur nach den über die Abtretung der Forderungen und die über die

---

1) Ferner Leyser, med. ad Pand. tom. II, med. 179.
Brunemann, com. in P. ad l. 13 § 25 de act. emt No. 68, 69.

2) Holzschuher, Theorie u. Casuistik d. R. III. S. 644 ff.
Jhering, Jahrb. f. Dogm. I. S. 142 ff.
Unger, System des österreich. Privatrechts II, S. 139.
Laband, Zeitschrift für das ges. Handelsrecht X, S. 196 ff.
Dernburg, Pandekten I, S. 267, II 34 ff.

Schuldübernahme geltenden Vorschriften gefallen zu lassen.

Eine Modifikation enthällt § 791, welcher gegen den dritten, zu dessen Nutzen der Stellvertreter das aus dem Rechtsgeschäfte erhaltene verwandt hat, die actio de in rem verso einräumt.

Das Oesterreichische bürgerliche Gesetzbuch § 1017 bestimmt, dass wenn der Stellvertreter innerhalb der Grenzen seiner offenen Vollmacht contrahiert, die durch den Vertrag begründeten Rechte und Verbindlichkeiten dem Gewaltgeber und dem dritten, nicht aber dem Gewalthaber zu kommen.

Das Französische Recht, Code civ; tit. 1997 und 1998 Abs. 1 enthält folgende Bestimmungen:

Le mandataire, qui a donné à la partie, avec laquelle il contracte en cette qualité une suffisante connaissance de ses pouvoirs n'est tenu d'aucune garantie pour ce qui a été fait au-delà s'il ne s'y est personellement soumis.

Le mandatant est tenu d'exécuter les engagemens contractés par le mandataire, conformément au pouvoir qui lui a été donné.

Ein Vertrag, welcher der Bevollmächtigte im Namen seines Machtgebers und mit Beobachtung der Grenzen seiner Vollmacht eingegangen ist, begründet zwischen dem Machtgeber und der anderen Partei ganz dieselben Rechte und Verbindlichkeiten, als ob er von dem Machtgeber in Person eingegangen wäre.

Ein Vertrag, welcher der Bevollmächtigte in seinem eigenen Namen, aber in den Angelegenheiten des Machtgebers abgeschlossen hat, ist dem Machtgeber fremd. (Zachariae, französ. Civilrecht II. §§ 413, 414, 415.)

Hiermit steht auch die Praxis, wie ja kaum anders denkbar, nicht in Widerspruch:

Das Oberhofgericht zu Mannheim spricht aus, dass durch das Einkaufskommissionsgeschäft, bei welchem der Commissionär in eigenem Namen contrahiert, keinerlei

Beziehung zwischen dem Verkäufer und Promittenten entstehe. (Seufferts Archiv XIV No. 231).

Das Oberappellationsgericht zu Dresden erkennt: Der Mandant ist ohne vorher erlangte Cession des Klagerechts zur Klage aus dem vom Mandatar abgeschlossenen Geschäfte nicht berechtigt, wenn sich hierbei letzterer nicht als Stellvertreter des ersteren dem Mitcontrahenten zu erkennen gegeben hat. (Sächs. Zeitschrift für Recht und Verwaltung N. F. XXV S. 455.)

Erkenntnis des Obertribunals zu Stuttgart vom 15. Dezember 1857:

Die nach heutigem Recht stattfindende regelmässige Beschränkung der Verbindlichkeit aus dem von einem Vertreter abgeschlossenen Vertrage auf die Person des Auftraggebers setzt voraus, dass der Bevollmächtigte bei dem Vertragsabschlusse als solcher sich dargestellt hat, da im andern Falle, wenn der Beauftragte ohne Hinweisung auf die Person eines bestimmten Dritten als Auftraggebers in eignem Namen gehandelt hat, der Mitcontrahent nicht verbunden ist, jenem Dritten, welchen er beim Vertragsabschlusse gar nicht im Auge gehabt hat, nachträglich als Schuldner sich unterschieben zu lassen. (Seufferts Archiv XIII No. 93 2.)

Das Oberlandesgericht zu Rostock spricht in einem Urteil vom 19. Juni 1884 aus:

Unbestritten hat der vom Beklagten in seiner Mühle eingestellten Müllergeselle K. diejenigen Verträge, auf welche sich der jetzige Rechtsstreit bezieht, mit den Klägern in eigenem Namen abgeschlossen und ist von diesen für den Inhaber des thatsächlich von ihm geleiteten Geschäftes angesehen worden. Es fragt sich daher, ob die Kläger trotz dieses Irrtums, falls sie nur nachzuweisen vermögen, dass K. zum Abschluss derartiger Getreideankäufe von dem Beklagten ausdrücklich oder stillschweigend bevollmächtigt gewesen ist, und die fraglichen Bestellungen nicht für eigene Rechnung, sondern für die dem

Beklagten gehörige Mühle gemacht hat, aus diesen Lieferungen den Letzteren in Anspruch zu nehmen befugt sind. Für die bejahende Ansicht berufen sich die Kläger auf v. Hahn, Kommentar zum Handelsgesetzbuch 13. Auflage S. 205, wo ausgesprochen wird, dass der Irrtum des Dritten, welcher dem mit ihm contrahierenden Handlungsbevollmächtigten oder Prokuristen für den Principal hält, nichts schade. Die hier vertretene Auffassung kann aber nicht als unter allen Umständen zutreffend anerkannt werden. Auszugehen ist vielmehr auch jetzt von dem Grundsatz des römischen Rechts, dass Verträge nur für diejenigen Personen Rechte und Verbindlichkeiten begründen, welche dieselben mit einander abgeschlossen haben, gleichviel ob die Beteiligten auch wirtschaftlich die Rechte für sich erwerben und die Verpflichtungen auf das eigne Vermögen übernehmen wollen oder nicht. Hierin ist durch die Möglichkeit einer freien Stellvertretung, wie sie das neuere Recht zugelassen und insbesondere der Art. 51 des Handelsgesetzbuches anerkannt hat nur so viel geändert, als der Vertreter seinen Auftraggeber unmittelbar berechtigt und verpflichtet, wenn das Geschäft ausdrücklich im Namen des Letzteren abgeschlossen wird, oder wenigstens die Umstände ergeben, dass es nach dem Willen der Contrahenten für ihn geschlossen werden sollte. Erforderlich ist also, dass sowohl der Vertreter für seinen Principal hat handeln wollen, als auch dass der Dritte einen entsprechenden Willen gehabt hat. Hierzu ist aber erforderlich, dass der Dritte von dem Vollmachtsverhältnisse überhaupt Kunde erhalten hat. Sein Irrtum, vermöge dessen er den Prokuristen für den Principal hält, wird ihm daher regelmässig schaden. (Seuffert's Archiv N. F. 12, I).

Ebenso entscheidet auch das Reichsgericht Bd. II, S. 166 No. 43.

. . . . Da aber die Zulassung dieser Klage (actio quasi institoria) mit dem Grundsatze des römishen Rechts, dass

eine eigentliche Stellvertretung beim Abschlusse obligatorischer Verträge nicht stattfinde, auf's engste zusammen hängt und den Zweck hatte, die Belangung des Auftraggebers in soweit herbeizuführen, als es ohne Anerkennung der Zulässigkeit freier Stellvertretung bei obligatorischen Verträgen möglich war, so erscheint mit Beseitigung des gedachten Grundsatzes des römischen Rechts, welche zunächst durch das Gewohnheitsrecht herbeigeführt und sodann durch Art. 52 des Handelsgesetzbuches und § 3 No. 2 der mecklenburgischen Einführungsordnung vom 28. XII. 1863 auch gesetzlich ausgesprochen wurde, zugleich die actio quasi institoria als gänzlich beseitigt. Wie die auf dem Boden des gemeinen Rechts entstandenen Gesetzbücher (preuss. allgem. Landrecht I, 13, § 154, sächs. bürgerl. Gesetzbuch § 790) bestimmen, dass wenn der Beauftragte in seinem eignen Namen den Vertrag abschliesst, die Erfüllung desselben nur von ihm gefordert werden kann, so gilt dasselbe auch im Gebiete des gemeinen Rechts. Der den Auftrag im eignen Namen Abschliessende, wird daher selbst dann allein verpflichtet, wenn er beim Abschluss zu erkennen gab, dass er für Auftrag und Rechnung eines andern handele, sofern nur hierin nicht die Erklärung namens eines andern handeln zu wollen, sondern lediglich die Angabe des Grundes enthalten ist, weshalb er den Vertrag abschliesse.

§ 11.

Wir haben noch zu erörteren, in wieweit nach den Bestimmungen des Handelsgesetzbuches der für einen Geschäftskreis in der Oeffentlichkeit bestellte Vertreter, welcher in eignem Namen handelt, durch seine Handlungen den Principal berechtigt und verpflichtet. Das Handelsgesetzbuch hat durch Bestimmung des Umfangs und Inhalts der Vollmacht einzelner Vertreter ganz bestimmte Begriffe geschaffen und dadurch die Unsicherheit, welche über die Benennung und Arten der Verteter be-

stand, ein Ende gemacht. Die Terminologie des Handelsgesetzbuches unterscheidet nämlich dreierlei Arten der Vollmachten, die Prokura, die Handlungsvollmacht und die Vollmacht zu einzelnen Geschäften.

Prokurist ist derjenige, welcher berechtigt ist, per procura die Firma zu zeichnen. Wem procura erteilt ist, der hat die Vollmacht zum gesamten Betriebe des Geschäftes, denn er ist vom Principal beauftragt in dessen Namen und für dessen Rechnung das Handelsgeschäft zu betreiben[1]). Der Umfang der Vollmacht des Prokuristen ist gesetzlich festgestellt und unbeschränkt und ersetzt jede Specialvollmacht, nur zur Belastung und Veräusserung von Grundstücken bedarf der Prokurist einer besondern Vollmacht[2]). Auch ist er nicht zur Ernennung eines andern Prokuristen und Uebertragung der Prokura auf einen andern befugt[3]). Dem Publikum gegenüber kann der Principal, welcher den Prokuristen anstellt, die Vollmacht desselben nicht beschränken, dasselbe ist zu der Annahme berechtigt, dass der Prokurist zu allen erwähnten Rechtshandlungen namens der Firma, welche er vertritt, befugt und nur an die gesetzlichen Schranken gebunden ist. Eine Beschränkung des Umfanges der Prokura hat Drittem gegenüber keine Wirkung[4]). Ebenso wie die Vollmacht des Prokuristen, ist auch die Vollmacht des Correspondentrheders und Schiffers[5]), von welchen jedoch nur letzterer für uns in Betracht kommt, gesetzlich näher bestimmt.

Abgesehen hiervon bestehen keinerlei zwingende Vorschriften über den Inhalt der Handelsvollmacht, sondern es reicht die Vollmacht nur soweit als der Principal sie geben wollte und gegeben hat, und zwar kann der Prin-

---

1) Art. 41.
2) Art. 42.
3) Art. 53.
4) Art. 43.
5) Art. 252'. 478. 495 — 527.

cipal einen Handlungsbevollmächtigten zum Betriebe des ganzen Handelsgewerbes, Generalbevollmächtigter, oder zum Betriebe einer besonderen Art von Geschäften, Artbevollmächtigter, und endlich für ein einzelnes Geschäft, Spezialbevollmächtigter, bestellen[1]). Gesetzlich ist die Vollmacht dieser Personen durch die Bezugnahme auf das Gewöhnliche und dem Bedürfnisse entsprechende bestimmt, so dass sich die Vollmacht derselben auf alle Geschäfte und Rechtshandlungen, welche der Betrieb eines derartigen Handelsgewerbes oder die Ausführung derartiger Geschäfte gewöhnlich mit sich bringt, erstreckt. Beschränkt ist die Vollmacht dieser Handlungsbevollmächtigten dadurch, dass sie in gewissen Fällen, zum Eingehen von Wechselverbindlichkeiten, zur Aufnahme von Darlehen und Processführung einer besonderen Vollmacht bedürfen.

Die Möglichkeit der Stellvertretung durch diese Vertreter ist eine vollständige und freie. Hierin hat das Handelsgesetzbuch die Rechtsanschauung der Gegenwart ausgedrückt und alle etwa noch im gemeinen Recht bestehenden Zweifel beseitigt. Dieser Hauptrechtsatz ist in Artikel 52 ausgesprochen, nach welchem durch die Rechtsgeschäfte, welche der Prokurist oder sonstige Handelsbevollmächtigte mit dem Dritten vollmachtsgemäss abschliesst, nur der Principal dem Dritten gegenüber berechtigt und verpflichtet wird, zwischen dem Bevollmächtigten und dem Dritten entstehen keine rechtlichen Beziehungen. Es ist dabei gleichgültig, ob das Geschäft ausdrücklich im Namen des Principals geschlossen worden ist, oder ob aus den Umständen die Beziehung des Geschäfts auf den Principal sich ergeben hat. Letzteres wird namentlich beim Contrahieren im Geschäftslokale der Fall sein, oder wenn der Bevollmächtigte in einem sonstigen dauernden Rechtsverhältnisse zum Principal steht und mit Hinwei-

1) Art. 47.

sung auf seine Anstellung oder in der Eigenschaft, welcher derselben entspricht gehandelt hat[1]). Wesentlich ist jedoch bei dem Abschlusse des Geschäftes, dass auch der dritte Contrahent für den Principal abschliessen wollte. Sind die Parteien beim Abschlusse des Vertrages verschiedener Ansicht, will z. B. der Bevollmächtigte für seinen Principal contrahieren, während der Dritte diese Absicht nicht hatte, so fehlt es an einem wesentlichen Punkte an dem Consense der Parteien, und der Vertrag ist nicht zu Stande gekommen.

Ist das Geschäft nicht im Namen des Principals abgeschlossen oder geht dies nicht aus den Umständen hervor, so wird derselbe auch nicht dem Dritten gegenüber berechigt oder verpflichtet, die rechtlichen Wirkungen des Geschäftes beziehen sich nur auf den Bevollmächtigten. Dieser Grundsatz ergiebt sich argumento e contrario aus Artikel 52 und wird ausdrücklich in Anwendung auf den Commissionair in Artikel 360 und 368 ausgesprochen. Ebensowenig gewährt das Handelsrecht dem dritten Contrahenten eine institorische oder quasiinstitorische Klage[2]). Auch über die Frage inwieweit der Principal durch nützliche Verwendung aus dem Vermögen dritter durch den Bevollmächtigten hafte, enthält das Handelsgesetzbuch nichts.

Eine eigenartige Beschränkung der Thätigkeit des Prokuristen und des zum Betriebe eines ganzen Handelsgewerbes bestellten Bevollmächtigten enthält Art. 56.

---

1) Ebenso bestimmt Art. 502: Durch ein Rechtsgeschäft, welches der Schiffer in seiner Eigenschaft als Führer des Schiffes, sei es mit, sei es ohne Bezeichnung des Rheders innerhalb seiner gesetzlichen Befugnisse geschlossen hat, wird der Rheder dem Dritten gegenüber berechtigt und die Haftung des Rheders mit Schiff und Fracht begründet. Der Schiffer selbst wird dem Dritten durch das Rechtsgeschäft nicht verpflichtet. Vergl. Art. 461.

2) Dass diese Klagen antiquiert sind, ist früher bereits nachgewiesen.

Sie dürfen ohne Erlaubnis des Principals weder für eigene Rechnung noch für Rechnung dritter Handelsgeschäfte machen. Uebertritt der Bevollmächtigte dieses Verbot, so kann der Principal von ihm Ersatz des ihm hierdurch entstandenen Schadens fordern, auch muss sich der Bevollmächtigte auf Verlangen gefallen lassen, dass die für seine Rechnung gemachten Geschäfte als für Rechnung des Principals geschlossen angesehen werden.

§ 12.

Fassen wir dass Resultat der vorstehenden Ausführungen in einem Gesamtüberblick zusammen, so ergiebt sich, dass der Vertreter im allgemeinen durch seine Handlungen den Principal nur dann berechtigt bezw. verpflichtet, wenn er im Namen desselben handelt. Wenn nun auch die Erklärung des Vertreters für den Pricipal handeln zu wollen, an gar keine Form gebunden ist, und dieselbe ebenso gut aus den Umständen hervorgehen kann, so muss sie doch in irgend einer Weise zum Ausdruck gelangt sein, wenn der Principal berechtigt und verpflichtet werden soll. Ist dies nicht der Fall, handelt der Vertreter in eigenem Namen, so wird nur er aus dem Rechtsgeschäfte berechtigt und verpflichtet, der Principal steht dem Geschäft vollständig fremd gegenüber und erst durch Cession können Rechte und Pflichten auf ihm übergehen. Es fragt sich nun, wozu der althergebrachte Weg der Cession vonseiten der Mittelperson an den Principal, welcher doch immerhin im Vergleich mit der Stellvertretung ein Umweg ist, trotz allgemeiner Anerkennung der letzteren noch beibehalten wird, ob vielleicht ein praktisches Interesse die Beibehaltung der unvollkommneren Form rechtfertigt. Ein solches Interesse existiert allerdings und zwar zunächst für den Auftraggeber selbst. Es kann für diesen von Belang sein, dass sein Name beim Abschlusse des Geschäftes nicht genannt wird, weil er vielleicht erwarten

muss, dass ihm ein ungleich höherer Preis als der Mittelperson gestellt, oder auch dass sein Credit, falls bekannt wird, dass er an einen Unternehmen oder Verkaufe beteiligt sei, geschädigt würde. Endlich ist auch der Fall denkbar, dass der Auftraggeber selbst von dem dritten Contrahenten, dem er vielleicht unbekannt, gar keinen Credit erhält, während dem Ersatzmann ein solcher leicht gewährt wird. Auf der anderen Seite kann es auch für den dritten Contrahenten angenehm sein, wenn das Geschäft auf den Namen des Vertreters gestellt wird und sein Name unbekannt bleibt, da er aus den verschiedensten Gründen ein Interesse daran haben kann, dass seine Beteiligung an dem Geschäfte geheim bleibt. Alles dies wird dadurch, dass der Vertreter im eigenen Namen handelt, vermieden. Wir brauchen übrigens blos auf den Umfang und die Bedeutung des Commissionshandels hinzuweisen um darzuthun, dass diese Form des Contrahierens ein dringendes Bedürfnis des Verkehrs ist. Die Beibehaltung der Form des Contrahierens in der Person des Ersatzmannes ist aber auch eine durch das Interesse der Mittelperson in hohem Grade gebotene Sicherungsmassregel. Wenn der Vertreter bei den Erwerbsgeschäften, welche er für den Principal abschliesst, sich für die zu leistenden Aequivalente persönlich verbindlich macht, wie es in Rom regelmässig der Fall war und auch heutzutage noch bei der Einkaufskommission vorkommt, so ist zu seiner Sicherheit notwendig, dass er zunächst für sich Eigentum erwirbt. Wenn dasselbe direkt auf den Principal übergegangen wäre und derselbe ohne Cession die actio utilis erhalten hätte, hätte der Vertreter das Unterpfand, das ihm die Möglichkeit gewährt, Deckung von dem Principel zu verlangen, eingebüsst. Der Principal hätte die actio utilis angestellt und der Vertreter hätte möglicherweise zahlen müssen. Endlich ist der Gegensatz zwischen Contrahieren in ei-

genem und fremden Namen insofern eine juristische Notwendigkeit, als dieselbe für die Rechtssicherheit des Verkehrs ein dringendes Bedürfnis ist. Würde dieser Unterschied aufgehoben und auch im ersteren Falle der Principal und der dritte Contrahent unmittelbar berechtigt und verpflichtet, so ginge die Gewissheit über die Person des Gläubigers und Schuldners und damit auch jegliche Sicherheit im Verkehr verloren, da niemand wüsste, an wen er sich zu halten hätte. Wir sehen also, dass die Form des Contrahierens durch den Ersatzmann nicht „ein überflüssiger Umweg“ ist, wie Savigny, Oblig. I S. 216, sagt, sondern eine durch gewichtige praktische Gründe gerechtfertigte Massregel, welche der Verkehr nicht entbehren kann.

Litteratur.

1. Amann, Ueber den Begriff des procurator und mandatarius. Heidelberg 1879.
2. Archiv für practische Rechtswissenschaft N. F. Bd. 1, N. F. Bd. 4.
3. Archiv für civilistische Praxis. Bd. 1. 30. 58. 63.
4. Archiv für die Praxis des gesammten in Oldenburg geltenden Rechts. Bd. 1.
5. Arndts, Pandekten, 11. Aufl. Stuttgart 1889.
6. Baron, Pandekten, 7. Aufl. Leipzig 1890.
7. Brinz, Pandekten, Bd. 4II, 2. Aufl. Leipzig 1895.
8. — — Kritische Blätter I. Erlangen 1852.
9. Brunnemann, com. in Pand.
10. Buchka, Stellvertretung bei Verträgen. Rostock und Schwerin 1852.
11. Chambon, Beiträge zum Obligationenrecht 1851.
12. Dernburg, Pandekten' Berlin 1886.
13. Drechsler, Die actio quod iussu, Würzburg 1877.
14. Elsässer, Die institorische Klage, Tübingen 1875.
15. Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen. Bd. 1, 2. 3.
16. Endemann, Handbuch des deutschen Handels-, See- und Wechselsrechts, Leipzig 1881.
17. Gareis, Verträge zu Gunsten dritter.
18. — — Handelsrecht, Berlin 1893.
19. Glück, Pandektencommentar, Bd. 14. 4.
20. Grünhut, Recht des Commissionshandels, Wien 1879.
21. Gruchot, Beiträge zur Erläuterung des preussischen Rechts. 12. Jahrgang.
22. v. Hartitzsch, Entscheidungen praktischer Rechtsfragen.
23. Heise u. Cropp, Abhandlungen, Bd. 1, 2, Hamburg 1830.

24. Holzschuher, Theorie und Casuistik d. r. R. Bd. 3. Leipzig 1894.
25. Ihering, Jahrbuch für Dogmatik. Bd. 1, 2, 10. 26[6], 27.
26. Karsten, Fingierte Cession. Rostock 1874.
27. Kritische Vierteljahrsschrift, Bd. 14.
28. Lenel, Edictum perpetuum, Leipzig 1883.
29. Linde, Zeitschrift für Civil- und Processrecht. Bd. 11. 15.
30. Leyser, Med. ad Pand. 1778.
31. Makower, Allgemeines deutsches Handelsgesetzbuch. Berlin 1880
32 Mandry, Familiengüterrecht II, Tübingen 1876.
33. Mitteis, Lehre von der Stellvertretung.
34. Mühlenbruch, Lehre von der Cession, 3. Auflage. Greifswald 1836.
35. — — Pandekten 1830.
36. Pernice, Marcus Antistius Labeo. Bd. 1.
37. Puchta, Pandekten, 12. Aufl. Leipzig 1877.
38. — — Kleine civilistische Schriften. Leipzig 1851.
39. Regelsberger, Pandekten I. Leipzig 1893.
40. Ruhstrat, Ueber Savigny's Lehre von der Stellvertretung, Oldenburg 1851.
41. — — Die negotiorum gestio des dritten Contrahenten. Hannover 1883.
42. Sächsische Zeitschrift für Recht und Verwaltung. N. F. I. 25.
43. Savigny, Obligationsrecht Bd. 1, 2. Berlin 1852.
44. — — System III. Berlin 1840.
45. Schlossmann, Contrahieren mit offener Vollmacht. Kiel und Leipzig 1893.
46. — — Besitzerwerb durch dritte. Leipzig 1891.
47. Schmid, Grundlehren der Cession, I. Braunschweig 1873.
48. Sintenis, Gemeines Civilrecht, II. Leipzig 1861.
49. Seufferts, Archiv. Bd. 10. 11, 13, 18, N. F. 12 I.
50. Thibaut, Pandekten, Jena 1834.
51. Thöl, Handelsrecht, 5. Aufl. Leipzig 1875.
52. — — Ausgewählte Entscheidungsgründe des O. A. G. der vier freien Städten Deutschlands, Göttingen 1857.
53. v. Tuhr, Die actio de in rem verso. Freiburg und Leipzig 1895.

54. Unger, System des österr. allgemeinen Privatrechts. Bd. 2. Leipzig 1863.
55. Vangerow, Pandekten, 7. Aufl. Marburg 1869.
56. Voet, Com. ad Pand. Hal. 1778.
57. Windscheid, Pandekten Bd. 1, 2. 6. Auflage. Leipzig 1887.
58. Wolff, instit. iur. nat. et gent. Hal. 1750.
59. Zachariae-Lingenthal, Franz. Civilrecht.
60. Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht. Bd. 10.
61. Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Bd. 10.
62. Zimmermann, Stellvertretung, Strassburg 1876.